Der

Parteibegriff der Civilprozessordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt

von

Eberhard Ehmann
Rechtsanwalt in Kirchheim u. T.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Tübingen.
Buchdruckerei von G. Schnürlen.
1898.

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
Litteraturangabe		V—VII
§ 1.	Einleitung	1—11
§ 2.	Der Parteibegriff des Gesetzes	11—16
§ 3.	Die Beschränkung des Parteibegriffs auf die Subjekte des materiellen strittigen Rechtsverhältnisses	16—33
§ 4.	Ausdehnung des Parteibegriffs auf alle rem in iudicium deducentes	33—42
§ 5.	Parteibegriff und Vertretungsbegriff	43—73
§ 6.	Der formale Parteibegriff und seine Bedeutung	73—84
§ 7.	Die einzelnen Fälle, in welchen der formale Parteibegriff in Frage kommt	84—106
§ 8.	Die beiden Parteirollen	106—110
§ 9.	Die sog. Nebenparteien	110—119
§ 10.	Einzelne Fälle zweifelhafter Parteistellung	119—136

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552301_0037

Litteraturangabe.

I. Commentare.

Die Commentare zur C.-P.-O. vom 30. Januar 1877 und dazu Gaupp, die auf den Civilprozess bezüglichen Normen des württembergischen Landesrechts.

Die Commentare zur Konkursordnung vom 10. Februar 1877 von Petersen Kleinfeller, Sarwey-Bossert, v. Wilmowski.

Die Commentare zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von von Hahn, Makower, Staub.

II. Systematische Darstellungen und Monographien.

Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I 1885.

Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I und II 1887 f.

Rintelen, Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozessrechts 1881 f.

Gönner, Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses 1801 f.

Wetzell, System des gemeinen Civilprozesses 1878.

Renaud, Lehrbuch des gemeinen Civilprozesses 1867—1873.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts 1885.

Engelmann, Der Civilprozess 1889.

Fitting, Der Reichscivilprozess 1893. (8. Aufl.)

Keller, Der römische Civilprozess und die Aktionen 1883.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. 1896—1897.

Windscheid, Pandekten 1891.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1886 f.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. (17. Aufl. bearbeitet von Cosack 1895.)

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 1882—1885.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht 1896—1897 (7. Aufl.)

Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-Familien- und Vormundschafts-Rechts 1881.

Fischer, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1895 (3. Aufl.).

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886—1892.

Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1881—1885.

— — Das deutsche Konkursverfahren 1889.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

A. S. Schultze, Das deutsche Konkursverfahren in seinen juristischen Grundlagen 1880.

v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft 1890 (5. Aufl.)

Birkmeyer, Grundriss und Materialien zu Vorlesungen über den ordentlichen Civilprozess 1886.

Kohler, Prozessrechtliche Forschungen 1889.

— — Der Prozess als Rechtsverhältniss 1888.

— — Gesammelte Beiträge zum Civilprozess 1894.

Ötker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I 1891.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 1885.

Wach, Der Feststellungsanspruch 1889.

— — Vorträge über die Reichscivilprozessordnung 1896. (2. Aufl.).

A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I. 1883.

Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht 1886.

Korn, Anfechtung der Rechtshandlungen des Schuldners in und ausser dem Konkurse 1882 (2. Aufl.).

Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung 1887.

Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht. 1844.

Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft 1884.

Franke, Die Nebenparteien der deutschen Civilprozessordnung 1882.

III. Zeitschriften.

Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozess II, VII, IX, XII, XVII, XVII.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutsch. Rechts XXX, XXXIII, XXXIV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII.

Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart VI, XIV, XVII.
Jahrbücher für Dogmatik XXIV.
Juristisches Litteraturblatt von 1890.
Archiv für civilrechtliche Praxis, LXII und LXXXII.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXXII.
Hofmann und Wulfert, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess I und II.
Juristische Wochenschrift von 1887 f.

IV. Entscheidungen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Weiter benützte Werke sind bei den einzelnen Fragen angegeben.

§ 1.

Einleitung.

Das Wort „Partei“ (Partie, Part, Wider-Part, Streitteil) im allgemeinen juristischen Sinn bezeichnet stets mit widerstreitenden Interessen einander Gegenüberstehende. Es gehört nicht nur dem Prozessrecht, sondern auch dem Privatrecht an, in welchem die einen Vertrag schliessenden Personen häufig ebenfalls Parteien genannt werden.[1]) Seine Hauptbedeutung erlangt derselbe jedoch im Prozessrecht und zwar nicht nur im Civilprozess-, sondern auch im Strafprozessrecht.[2]) Die Parteien des letzteren sind die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte (Angeschuldigte, Beschuldigte). Man darf aus dieser Bezeichnung nicht den falschen Schluss ziehen, dass sie dieselbe Bedeutung habe, wie im civilprozessualischen Verfahren, in welchem die Parteien sind

1) Rechtssubjekte auf dem Gebiet des Privatrechts.[3])

2) Selbständige Prozesssubjekte im Verfahren.

Dass ersteres im Strafprozess nicht zutrifft, bedarf keiner weiteren Ausführung. Letzteres ergiebt sich daraus, dass anerkannter-

1) So bezeichnet Bioches dict. de procédure denjenigen „qui se figure en son propre nom dans une convention ou un procès“ als Partei (citiert bei Busch XVIII p. 10 Anm.).

2) Auch das Verwaltungsstreitverfahren, für welches in den dasselbe normierenden Landesgesetzen häufig auf die Vorschriften der Civilprozessordnung verwiesen wird, kennt „Parteien“. Dass diese „Parteien“ etwas ganz anderes sind als die Parteien des Civilprozesses, welche Rechtssubjekte im Sinne des Privatrechts sind, ergiebt sich daraus, dass in dem Verfahren auch Verwaltungsbehörden als Parteien erscheinen (vgl. z. B. Art. 13 des württembergischen Gesetzes v. 16. Dez. 1876 über die Verwaltungsrechtspflege).

3) Dies ergiebt sich daraus, dass Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit identisch sind, wie nachgewiesen werden wird (vgl. § 6).

massen ein Verfahren, das auf der Inquisitionsmaxime beruht, nur ein Prozess-Subjekt, das Gericht kennt und auch im heutigen deutschen Strafprozess wenigstens für einzelne Stadien (Voruntersuchung, vorbereitendes Verfahren) jenes Prinzip die Grundlage bildet, während im Hauptverfahren allerdings die Verhandlungsmaxime, wenn auch nicht ganz rein, zur Geltung kommt. In dem heutzutage in Deutschland von der Dispositionsmaxime (abgesehen von einzelnen Prozessarten) beherrschten civilprozessualischen Verfahren dagegen hat der Ausdruck „Partei“ so sehr die Bedeutung des Prozesssubjekts, des selbständigen Subjekts des Verfahrens, angenommen, dass wir diesen Ausdruck bezüglich einer Person nicht gebrauchen, welche nicht eine jener Bedeutung entsprechende Stellung im Verfahren einnimmt. Hiefür ist der Beweis erbracht, wenn nachgewiesen wird, einerseits, dass ein bestimmtes Verfahren als civilprozessualisches anerkannt werden muss und andererseits, dass die in demselben auftretenden Personen nicht als Parteien bezeichnet werden, sobald ihnen die Stellung eines selbständigen Prozesssubjekts nicht zukommt.

Es ist daher zunächst eine Erörterung darüber unerlässlich, welche Prozessarten zum civilprozessualischen Verfahren zu rechnen sind. In erster Linie handelt es sich darum, ob Entmündigungsverfahren und Aufgebotsverfahren nicht vielmehr der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen sind.[1]) Es ist also die vielumstrittene Grenze zwischen Civilprozess und freiwilliger Gerichtsbarkeit zu bestimmen. Diese findet A. S. Schultze in der urteilsmässigen Feststellung des concreten Rechts: „Überall wo subjektives Privatrecht urteilsmässig formalisiert ist, ist Civilprozess, und wo lediglich freiwillige Gerichtsbarkeit, giebt es kein rechtskräftiges Urteil, sondern nur eine verwaltende, verfügende, beglaubigende Thätigkeit des Richters.[2]) [3]) Hienach gehören sowohl Entmün-

1) So Struckmann-Koch, Vorbem. 1 zum 2. Abschnitte des VI. Buchs (Verfahren in Entmündigungssachen) und die dort cit. Schriftsteller.

2) A. S Schultze, Konkursrecht p. 551 ff.

3) Über die verschiedenen Ansichten vergleiche Birkmeyer, Grundriss und Materialien p. 35 ff. Die von Wach neuerdings aufgestellte Ansicht, dass die Thätigkeit des Richters in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Mitwirkung bei

digungsverfahren als auch Aufgebotsverfahren der streitigen Gerichtsbarkeit an.

Das Entmündigungsverfahren bezweckt die Feststellung des vorhandenen Rechtszustandes. Dies kann nach gemeinem Recht nicht zweifelhaft sein bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit, weil der Geisteskranke an sich schon handlungsunfähig ist und die Entmündigung lediglich den Zweck hat, seine Handlungsunfähigkeit festzustellen. Schwieriger ist dieser Standpunkt zu verteidigen bei der Entmündigung wegen Verschwendung, da bei dem Verschwender die Handlungsunfähigkeit erst mit der Entmündigung beginnt. Allein auch hier ist die Thätigkeit des Richters eine feststellende. Denn wenn auch die Geistesverfassung des Verschwenders erst mit der Entmündigung die erwähnte rechtliche Folge nach dem Gesetze haben soll, so ist der innere Grund der Vorschrift, dass auch der Verschwender entmündigt werden soll, doch der, dass eine Person mit einem solchen Geisteszustand nicht handlungsfähig sein kann. Dagegen spricht nicht, dass die Rechtshandlung des Verschwenders bis zur Entmündigung rechtsgiltig sein soll. Denn dies kann auch im Interesse der Sicherheit des Verkehrs vorgeschrieben sein. Die Vorschrift hat vielmehr den Sinn, dass zu dieser Geistesverfassung noch ihre Deklarierung hinzukommen muss, damit nun die Folge der Handlungsunfähigkeit eintrete. [1]) Somit ist das Entmündigungsverfahren als ein civilprozessualisches zu betrachten. Dasselbe gilt vom Aufgebotsverfahren, denn auch das gegen unbekannte oder unbestimmte Beteiligte gerichtete Aufgebotsverfahren bezweckt urteilsmässige Feststellung von Rechten, gegen deren ungehinderte Geltendmachung irgend ein Hindernis vorliegt. [2]) Im Übrigen wird der prozessuale Charakter der in der C.-P.-O. normierten Verfahrensarten nicht bestritten, denn dass sowohl das Mahnverfahren als das Verfahren zur Sicherung des Beweises nach § 447 ff.

der Schaffung, Fortentwicklung und Veränderung subjektiver Rechte ist, erschöpft nicht sämtliche Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so nicht die gesamte Thätigkeit der Vormundschaftsbehörden.

1) Vgl. Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, pag. 108 ff.

2) Vgl. Drechsler, Civ. Arch. 62, pag. 433. A. A. Kohler a. a. O., p. 102.

und dasjenige nach § 461 Abs. 1 C.-P.-O. die Feststellung privatrechtlicher Ansprüche bezweckt, wird wohl als überwiegende Ansicht zu betrachten sein.[1]) Das schiedsrichterliche Verfahren ist zwar in der C.-P.-O. normiert, aber darum nicht ein civilprozessualisches Verfahren.[2]) Zweifelhaft ist nur noch, ob das Konkursverfahren der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit angehört. Die herrschende Ansicht will das Konkursverfahren nicht als einen besonders gearteten Civilprozess gelten lassen, rechnet es vielmehr zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn auch anerkannt wird, dass das Verfahren auf der Grenze stehe. Wenn man jedoch von der hier festgehaltenen Ansicht ausgeht, dass der Civilprozess das Verfahren zur Feststellung privatrechtlicher Ansprüche sei, wird es nahe liegen, sich der Ansicht A. S. Schultze's[3]) anzuschliessen, nach welcher der Konkurs als ein prozessualisches Verfahren zu betrachten ist. Denn das Ziel des Verfahrens ist hauptsächlich die Feststellung der Konkursforderungen. Die bisherige Erörterung hat somit ergeben, dass die in der deutschen C.-P.-O. normierten Verfahrensarten (abgesehen vom schiedsrichterlichen Verfahren), sowie das Konkursverfahren der streitigen Gerichtsbarkeit angehören. Allein nicht jedes civilprozessualisches Verfahren ist ein Parteiverfahren, denn die in demselben auftretenden Personen werden nicht als Parteien bezeichnet, wenn ihnen nicht die Stellung eines selbständigen Prozess-Subjekts zukommt. Dies ist zu beweisen.

In jedem Civilprozess, wie er auch gestaltet sein mag, werden mindestens zwei Personen mit entgegengesetzten Anträgen und Interessen auftreten. Allein dieselben haben möglicherweise keinen Einfluss auf die gerichtliche Thätigkeit auszuüben. Sie können dieselbe zwar durch ihre Gesuche anregen, allein das Gericht hat

1) Vgl. Birkmeyer, Grundriss und Materialien, p. 30 ff.

2) Vgl. Drechsler a. a. O., p. 433 f. Das Schiedsverfahren ist nicht Civilprozess, auch wenn man das Wesen desselben in unanfechtbarer Formalisierung konkreten Rechts, d. h. in der Feststellung durch rechtskräftiges Urteil und das was ihm gleich steht, erblickt. Denn der Schiedsspruch ist kein Urteil und steht ihm auch nicht gleich (vgl. §§ 702, 868 C.-P.-O.).

3) Konkursrecht, p. 153.

als seine Amtspflicht die Prüfung und Feststellung der streitigen Ansprüche vorzunehmen und die hiezu erforderlichen Massregeln von sich aus zu treffen. Zu diesem Zweck kann das Gericht von sich aus ohne Antrag einer Partei Prozesshandlungen vornehmen, thatsächliches Material und Beweismittel herbeischaffen, überhaupt dafür sorgen, dass die Wahrheit ermittelt werde und als Mittel richterlicher Wahrheitserforschung auch die Personen, um deren Ansprüche es sich handelt, benutzen. Ist nun die Struktur eines Verfahrens derart beschaffen, herrscht mit einem Wort in dem civilprozessualischen Verfahren die Inquisitionsmaxime, so sind die Beteiligten nicht selbständige Prozesssubjekte, Personen, welche von sich aus auf den Verlauf des Prozesses bestimmend einwirken und durch Beschaffung des Thatsachenmaterials und der Beweise die Urteilsgrundlage im wesentlichen herstellen. Das Gericht ist es, welches von Amtswegen sich das Material und die Beweise verschafft, und im wesentlichen allein durch seine Thätigkeit den Verlauf und Ausgang des Prozesses bestimmt. Am deutlichsten tritt dies dann hervor, wenn der Richter die Beteiligten selbst als Mittel zur Erreichung prozessualer Zwecke benutzt.

Dieser Prozess kennt somit keine Parteien i. S. von Prozesssubjekten, er kennt nur ein Prozesssubjekt, das Gericht.[1]) Ein Verfahren mit Parteien in der Bedeutung von Prozesssubjekten ist nur möglich, wenn die Dispositionsmaxime dasselbe beherrscht. Hier bestimmen die Parteien durch ihre Handlungen und Unterlassungen den Ausgang des Prozesses. Das Gericht hat sich an die von den Parteien vorgebrachten Thatsachen zu halten und kann insbesondere niemals die Beteiligten selbst zum Gegenstand der Wahrheitserforschung machen. Wesentlich verschieden von der vorgetragenen Ansicht ist die Birkmeyers.[2])

Dieser stellt dem „Dispositionsprinzip“ als dem Prinzip, auf Grund dessen über den Gegenstand eines Civilprozesses die Parteien freie Verfügung im Prozess haben, das Offizialprinzip gegenüber, auf welchem das Verfahren dann aufgebaut ist, wenn

1) Die Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793 beruht auf das Untersuchungsmaxime.

2) Bei Busch VII, p. 156 ff.

der ganze Prozess von der Offizialmaxime beherrscht wird, unter gänzlicher Verdrängung des Rechts der Parteien über die res in iudicium deducta direkt oder indirekt zu disponieren, somit die Prozedur nicht nur hinsichtlich der Anwendung des Rechts, sondern auch der Herstellung des Sachverhalts unter dem officium iudicis steht. Das Offizialverfahren verlangt aber nur, dass jede Disposition der Beteiligten über die res in iudicium deducta ausgeschlossen werde, dagegen kann es sowohl mit der Verhandlungsform als auch der Untersuchungsform verbunden sein, während das Dispositionsprinzip notwendig die Verhandlungsform mit sich führt. Verhandlungsform ist aber jene Gestaltung des Verfahrens, welche neben dem Richter auch Parteien als selbständige Prozesssubjekte anerkennt, also drei Prozesssubjekte kennt. Das Untersuchungsverfahren kennt dagegen nur ein Prozesssubjekt, welches mit selbständigen innerhalb seiner Amtspflicht nach freier Entschliessung zu übenden prozessualen Befugnissen ausgestattet ist, den Richter. Birkmeyer gelangt zu dieser Ansicht, nach welcher ein Offizialverfahren auch anzunehmen wäre, wenn die Parteien den Prozessstoff herbeischaffen und so den Inhalt des Prozesses bestimmen, dadurch, dass er mit Heinze (in Goldtammers Archiv 24, p. 265—311) unterscheidet zwischen dem sachlichen Rechte über den Streitgegenstand im Prozess zu verfügen, und dem formellen Recht, über den Verlauf und die Einzelbestandteile des Prozesses zu verfügen, wenn ersteres nicht ausgeschlossen ist, ein von der Dispositionsmaxime beherrschtes Verfahren für vorliegend erachtet und den Unterschied zwischen den beiden Formen des Offizialverfahrens darin findet, dass jenes prozessuale Verfügungsrecht entweder unter verschiedene Rechtssubjekte verteilt oder einem einzelnen vorbehalten ist. Nimmt nun Birkmeyer auch an, dass es auch im Offizialverfahren Parteien in der Bedeutung von Prozesssubjekten, wie in dem von dem Dispositionsprinzip beherrschten Verfahren geben könne, so weist er ihnen doch hauptsächlich dem Richter gegenüber eine total verschiedene Stellung zu, je nachdem sie in ersterem oder letzterem Verfahren auftreten. In ersterem verfügen die Parteien durch ihre prozessualen Handlungen oder Unterlassungen über

den Gegenstand des Prozesses, während der Richter nur thätig wird bei der Prozessleitung und der Ausübung seines Fragerechts und seine Hauptthätigkeit die Anwendung des Rechts auf den vorgebrachten Stoff ist; im letzteren dagegen findet das prozessuale Verfügungsrecht seine Schranke durch das Prinzip der materiellen Wahrheit. Denn dieses Recht ist den „Parteien“ nur gegeben, um dem öffentlichen Interesse zu dienen. Sie sind daher dem Richter, welcher demselben Interesse zu dienen hat, an die Seite gestellt und materiell als dessen Hilfsmittel zu betrachten, wenn sie auch formell Parteien sind. Bei der Aufgabe, welche nicht ist den Gegner zu besiegen, sondern die Wahrheit zu ergründen, wirken alle drei Personen mit. Für die Stellung des Richters ergiebt sich hieraus, dass er an Handlungen und Unterlassungen der Parteien nicht gebunden ist und ferner, dass er durch eigene Thätigkeit die Grundlage seines Urteils herzustellen hat. Demnach hat er auch bei der Verhandlungsform des Offizialverfahrens eine Untersuchungsthätigkeit zu entwickeln. Sie ist nur graduell verschieden von der Untersuchungsthätigkeit bei der Untersuchungsform des Offizialverfahrens. Ja er kann auch die Parteien selbst als Mittel zur Wahrheitserforschung benützen. Von den Prozessarten der C.-P.-O. wird von Birkmeyer das Verfahren in Ehesachen und das landgerichtliche Entmündigungsverfahren als Offizialverfahren mit Verhandlungsform, das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren als ein solches mit Untersuchungsform angesehen.

Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Die Dispositionsmaxime bedeutet nicht nur, dass das Streitobjekt der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegt, sondern dass auch dieselben durch ihre Handlungen den Inhalt des Prozesses bestimmen können. Ist dies auch nur in beschränkter Weise im Ehe- und landgerichtlichen Entmündigungsverfahren der Fall, so wird man doch nicht leugnen können, dass diese Prozessarten von der Dispositionsmaxime beherrscht werden. Es ist doch zweifellos, dass die Parteien auch hier den Prozessstoff fast ausschliesslich herbeischaffen. Daran kann die Ausnahmebestimmung des § 581 C.-P.-O. nichts ändern. Ferner kann hier der Prozess durch Verzicht auf den Anspruch beendigt werden, so dass eine, wenn auch be-

schränkte Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand anzunehmen ist.[1]) Nur soviel kann gesagt werden, dass die Dispositionsmaxime nicht rein zur Durchführung kommt. Jedenfalls ist die Ansicht nicht gerechtfertigt, dass die Feststellung des Sachverhalts ex officio iudicis geschieht, da bei derselben auch die Parteien mitwirken. Diese Thätigkeit der Parteien unterscheidet sich in nichts von derjenigen im ordentlichen Prozess. Es kann deshalb nicht zugegeben werden, dass sie in diesen ausserordentlichen Prozessarten nur Gehilfen des Richters sind. Man kann somit diese Prozessarten nicht unbedingt als ein Offizialverfahren betrachten. Kennzeichnet sich das Offizialverfahren dadurch, dass in demselben der Richter von Amtswegen zur Erforschung materieller Wahrheit thätig wird und sich selber die Urteilsgrundlage beschafft, so wird man weiter den von Birkmeyer angenommenen Unterschied einer Verhandlungs- und einer Untersuchungsform im Offizialverfahren nicht anerkennen dürfen. Dieser Unterschied soll darin bestehen, dass in dem mit der Verhandlungsform ausgestatteten Offizialverfahren die Parteien als selbständige Prozesssubjekte anerkannt werden. Wenn diese Personen aber zu Gunsten des Richters davon ausgeschlossen sind, auf den Verlauf des Prozesses bestimmend einzuwirken, vielmehr selbst zum Gegenstand richterlicher Wahrheitserforschung gemachtwerden können, wie Birkmeyer annimmt, so kann man sie nicht als selbständige Prozesssubjekte betrachten. Wenn also das von Birkmeyer sog. Offizialverfahren als hauptsächliches Merkmal das Thätigwerden des Richters von Amtswegen haben soll, so kann man in demselben überhaupt von Parteien in der Bedeutung von Prozesssubjekten nicht reden. Jene Thätigkeit des Richters wird im wesentlichen allein diesem das Thatsachenmaterial und die Beweise verschaffen, der Ausdruck muss daher in dem Offizialverfahren mit Verhandlungsform etwas anderes als in einem von dem Dispositionsprinzip beherrschten Verfahren bezeichnen, was Birkmeyer auch dadurch anerkennt, dass er bemerkt, die im Prozess Auftretenden seien nur formell Parteien, materiell aber

1) Anderer Ansicht Birkmeyer, p. 422 a. a. O.

Hilfsmittel des Richters. Es ergiebt sich somit der bereits aufgestellte Satz, dass ein Verfahren, welches im wesentlichen ein Thätigwerden des Richters von Amtswegen als Merkmal hat, mag man es nun ein Offizialverfahren oder ein Verfahren mit Inquisitionsmaxime nennen,[1]) keine zwei einander gegenüberstehende Prozesssubjekte kennt, und es ist die Auffassung Birkmeyers widerlegt, dass solche Prozesssubjekte nicht nur in einem Verfahren mit Dispositionsmaxime, sondern auch in dem von ihm sogenannten Offizialverfahren möglich sind, welches seinem Wesen nach doch nichts anderes als ein Untersuchungsverfahren ist. Denn das Thätigwerden von Amtswegen zur Feststellung des Sachverhalts gilt allgemein als Kennzeichen eines auf der Inquisitionsmaxime aufgebauten Prozesses.

Das ordentliche Verfahren der C.-P.-O. ist nun, wie allgemein anerkannt wird, auf der Dispositionsmaxime aufgebaut; nur bei einzelnen ausserordentlichen Prozessarten kann in Frage kommen, ob hier nicht die Untersuchungsmaxime herrscht. In dieser Beziehung kommt zunächst das Verfahren in Ehesachen in Betracht, welches schon oben berührt worden ist. In diesem Verfahren unterliegt der Bestand der Ehe niemals der Verfügung der Parteien, auch sonst ist die Verfügung derselben durch eine grössere Anzahl von Vorschriften beschränkt. Ist das Thätigwerden von Amtswegen zur Ermittlung des Sachverhalts das Merkmal eines auf der Untersuchungsmaxime aufgebauten Verfahrens, so kommen besonders die §§ 579 und 581 der C.-P.-O. in Betracht. Nach der ersteren Bestimmung können die Parteien über die von dem Staatsanwalt oder dessen Gegner vorgebrachten Thatsachen vernommen werden. Nach der letzteren kann das Gericht zum Zweck der Aufrechterhaltung der Ehe Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Allein es ist zu beachten, dass einmal diese Untersuchungsthätigkeit —

1) Der Ausdruck Offizialverfahren wird übrigens auch in demselben Sinn wie „Untersuchungsverfahren“ gebraucht. Etwas anderes ist die Offizialprüfung, welche keine spontane Thätigkeit des Gerichts begründet, sondern sich nur auf den von den Parteien dem Gericht vorgelegten Stoff erstreckt.

denn eine solche ist sie ohne Zweifel — in beiden Fällen in das freie Ermessen des Gerichts gestellt ist und dann, dass sie im letzteren Fall zum Zweck der Trennung der Ehe niemals stattfindet. Man kann daher nicht behaupten, dass die Untersuchungsmaxime unbedingt zur Anwendung komme, wenn auch eine starke Beschränkung der Dispositionsmaxime nicht zu leugnen ist. In Übereinstimmung damit steht, dass fast allgemein nur eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis, nicht etwa Ausschluss derselben und ein Verfahren mit „Parteien“ angenommen wird.[1]) Auch das Gesetz redet in diesem Verfahren überall von „Parteien“, während es diesen Ausdruck bei demjenigen vermeidet, welches zweifellos ein Untersuchungsverfahren ist, beim amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren. Wie das Verfahren in Ehesachen, ist auch das landgerichtliche Verfahren in Entmündigungssachen nicht von der Untersuchungsmaxime beherrscht. Es findet auch hier nur eine Beschränkung, kein Ausschluss der Parteidisposition statt (vgl. § 611 C.-P.-O.). Auch die Vorschrift des § 581 C.-P.-O. findet hier keine Anwendung. Dagegen soll die Vernehmung derjenigen Personen, um deren Entmündigung es sich handelt, obligatorisch vorgenommen werden (§ 612 vgl. mit § 598), was auf die Untersuchungsmaxime hinweisen würde. Allein diese Befugnis genügt noch nicht, ein Offizialverfahren anzunehmen.[2]) Damit stimmt überein, dass das landgerichtliche Verfahren, auch nach den Worten des Gesetzes „Parteien“ kennt ein Parteiverfahren[3]) ist. Als die einzigen Prozessarten, welche auf der Inquisitionsmaxime beruhen, sind das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren und das Konkursverfahren zu betrachten.[4]) Der Antrag, der bei Beginn des Entmündigungsverfahrens gestellt wird, hat nur den Zweck, das Verfahren anzuregen; der Richter hat nicht etwa blos die in demselben vorgebrachten Behauptungen zu

1) Vgl. z. B. Gaupp II, Vorbem. z. Buch VI Abschn. 1 V, Seuffert, N. 1 zu § 578; Endemann III, p. 2.

2) Vgl. Gaupp II, N. zu § 612.

3) Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, p. 111.

4) Auch der Parteiprozess hat nicht etwa die Instruktionsmaxime zur Grundlage, vgl. Gaupp I, N. zu § 464.

prüfen und die dort aufgeführten Beweise einzuziehen. Es steht ihm frei, Ermittlungen anzustellen, die er für notwendig hält, er wird von Amtswegen auch im Verlauf des Verfahrens thätig, ohne Anregung durch weitere Anträge, an die er gleichfalls nicht bei der Ermittlung des Sachverhalts gebunden wäre. Das ganze Verfahren ist auf Ermittlung der materiellen Wahrheit angelegt (vgl. §§ 597, 598), es wird beendigt, wenn der Richter zu einem Ergebnis in dieser Beziehung gelangt ist. Um einen Prozess mit zwei Parteien handelt es sich im Entmündigungsverfahren um so weniger, als die eine Person, welche als Partei aufzutreten hätte, sich in einem Geisteszustande befindet, in welchem sie selbst jedenfalls den Prozess nicht führen kann — sie ist vielmehr nichts als das Objekt der richterlichen Wahrheitserforschung. Alles dies sind Merkmale eines auf der Untersuchungsmaxime beruhenden Verfahrens. Das Gesetz selbst bezeichnet die Beteiligten nicht als Parteien. Mit diesen Ausführungen steht im Einklang, dass nach allgemeiner Ansicht dieses Verfahren auch keine Parteien kennt.[1])

Was für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren gilt, ist auch von dem Konkursverfahren zu sagen, wie aus dem § 67 K.-O. hervorgeht. Auch dieses Verfahren wird als parteiloses Verfahren angesehen.[2])

Es ist somit bewiesen, was zu beweisen war, dass die in einem Civilprozess auftretenden Personen nur dann als Parteien bezeichnet werden, wenn ihnen die Stellung eines selbständigen Prozesssubjektes zukommt, und dass dies nur in einem von der Dispositionsmaxime beherrschten Verfahren der Fall ist. Die Bezeichnung „Partei“ hat somit im Civilprozess die ganz spezifische Bedeutung des Prozesssubjekts.

§ 2.

Der Parteibegriff des Gesetzes.

Es ist oben dargelegt worden, dass ein Civilverfahren so gestaltet sein kann, dass in demselben Parteien, Prozesssubjekte,

1) Vgl. z. B. Wilmowski-Levy, N. 4 zu § 593; N. 1 zu § 597, und Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, p. 109 ff.

2) Petersen-Kleinfeller, p. 312 f.

gar nicht vorkommen. Da die Beteiligten jedoch über ihre Privatrechte frei disponieren können, erscheint es als die einzig angemessene Gestaltung eines Civilverfahrens, wenn es ihnen auch überlassen bleibt, was sie im Prozess zur Geltendmachung ihrer Ansprüche und zur Abwehr des Angriffs vorbringen wollen, m. a. W. wenn in demselben die Dispositionsmaxime herrscht. So zeigt denn der Civilprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung fast nur diese Struktur des Verfahrens, wie er den deutschen und italienischen Prozessualisten des Mittelalters als ein Verfahren erschien, bei welchem drei Prozesssubjekte beteiligt sind: der Richter, der Kläger und der Beklagte.[1])

Der Richter ist das unparteiische Subjekt, welches das staatliche Interesse an der Privatrechtsverfolgung zu wahren hat. Die beiden andern Prozesssubjekte sind die Parteien. Da nun der deutschen C.-P.-O. die Verhandlungsmaxime zu Grunde liegt, wie zwar im Gesetz nirgends, sondern nur in den Motiven ausgesprochen ist, sich übrigens aus der ganzen Struktur des Verfahrens ergiebt, so hat die Bezeichnung „Partei" in der C.-P.-O. auch die Bedeutung des Prozesssubjekts. So oft nun die C.-P.-O. das Wort „Partei" auch gebraucht, so findet sich doch nirgends eine Bestimmung dieses Begriffs.[2]) Der Begriff ist vielmehr vom Gesetzgeber vorausgesetzt worden. Dies hat verschiedene Commentatoren veranlasst, den Begriff der Partei, wie er von den Schriftstellern des gemeinen Prozesses bestimmt worden war, für das neue Verfahren zu verwerten. So beruft sich z. B. Hellmann[3]) ausdrücklich auf Renaud.[4]) Wieder andere Commentatoren erwähnen den Begriff der Partei nicht, so Boedicker-Reinecke, Enderlein, W. Hartmann, Sieben-

1) Vgl. Birkmeyer, Grundriss und Materialien, p. 14: Bulgarus, summa de judiciis § 8: judicium accipitur actus ad minus trium personarum, actoris intendentis, rei intentionem evitantis, judicis in medio cognoscentis. Wach, in Grünhut's Zeitschrift VI, p. 521.

2) Vgl. aber jetzt den Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen der C.-P.-O. § 49 a.

3) Commentar, p. 190.

4) Lehrbuch, § 45.

haar, gehen also wohl gleichfalls davon aus, dass für die C.-P.-O. kein anderer Parteibegriff gelte, als für das frühere Verfahren. Im gemeinen Prozess galten als Parteien die zwei streitenden Subjekte, von denen das eine den Schutz des Staates reklamiert, während das andere diejenige Person ist, gegen welche der Schutz des Staates[1]) begehrt wird: es sind diejenigen Personen, die in eigenem Namen und auf eigene Gefahr den Prozess führen.

Es ist nun zunächst zu untersuchen durch Auslegung des Wortes „Partei" in der C.-P.O., ob diese Begriffsbestimmung auch der deutschen C.-P.-O. zu Grunde liegt. Bei dieser Aufgabe ist die C.-P.-O. allein zu Grunde zu legen. Denn wenn durch das materielle Recht auch der Parteibegriff substanziert wird, so ist er doch ein prozessualer Begriff. Auch bezüglich der Bezeichnung „Partei" in der C.-P.-O. gilt die Bemerkung von Wach[2]): „eine feste, durchgängig beobachtete Terminologie, d. h. einen Wortschatz, in welchem dem Wort sein juristisch fester Begriff zukommt, besitzt . . . . die C.-O.-P. nicht."

Das Wort „Partei" hat in der C.-P.-O. einen engeren und einen weiteren Sinn und es ist sogar im einzelnen Streit, ob die engere oder weitere Bedeutung anzunehmen ist.[3]) Im ersteren bezeichnet es das Prozesssubjekt, im letzteren auch den Vertreter der Partei (den gesetzlichen und bevollmächtigten, manchmal aber nur den gesetzlichen, z. B. in § 132 C.-P.-O), den Nebenintervenienten, überhaupt jeden, welcher Parteirechte auszuüben befugt ist. Da es gleichgiltig ist, ob die Partei selbst oder durch ihre Vertreter handelt, fasst das Gesetz unter dem Namen „Partei" sowohl Prozesssubjekte, als auch deren Vertreter zusammen. Nur aus denjenigen Bestimmungen, in welchen die Bezeichnung die engere

1) Gönner I, pag. 303.

2) Handbuch I, p. 285.

3) So z. B. nehmen Petersen, Comm., p. 116 und Wach, Handbuch I, p. 288 an, dass das Wort „Partei" in § 41 Z. 1, im engeren Sinn, Wilmowski-Levy, Gaupp und Seuffert, Comm., zu diesem § dagegen, dass es im weiteren Sinn aufzufassen sei. Gaupp nimmt an, dass im § 217 „Partei" das Prozesssubjekt bezeichnet, während Wilmowski-Levy hier auch den Nebenintervenienten unter „Partei" begreifen.

Bedeutung hat, kann etwas für die Begriffsbestimmung der Partei entnommen werden.[1])

Die Partei im engeren Sinn versteht das Gesetz unter „Partei" unbestritten in einer Reihe von Paragraphen, so z. B. in den §§ 50, 55, 61, 63, 65, 66, 67, 87, 88, 90, 91, 92, 96, 128, 230, 236, 237, 251, 279, 488, 572, 579, 663, 670.

Von den Vorschriften der C.-P.-O., die die Bezeichnung „Partei" im engeren Sinn enthalten, geben Anhaltspunkte für die Definition des der C.-P.-O. zu Grund liegenden Parteibegriffs, insbesondere die §§ 230, Z. 1. 87. 88, 90, 91, 92, 251, 663, 670, ausserdem können weiter herangezogen werden die §§ 81 und 86 G.-K.-G., ferner § 293 und § 284 C.-P.-O. In letzterer Bestimmung bezeichnet allerdings das Wort „Partei" auch den Nebenintervenienten, allein da dem Nebenintervenienten in der Sache selbst nichts zugesprochen und er nicht verurteilt werden kann, und nur bezüglich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten eine Bestimmung zu treffen ist, ergeht das Urteil nur für und gegen die Parteien im engeren Sinn, die Prozesssubjekte.

Nach den genannten Bestimmungen muss die Klageschrift enthalten die Bezeichnung der Parteien, für und gegen welche die Klage zugestellt wird, sowie die Angabe des erhobenen Anspruchs und einen auf denselben bezüglichen Antrag. Das Urteil wird gestellt auf den Namen der Parteien. Dasselbe ist der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den eingeklagten Anspruch entschieden ist.[2]) Die Vollstreckungsklausel muss die Bezeichnung

1) Vgl. Wach I, p. 268, welcher bemerkt: Die Rubrik des II. Abschnitts der C.-P.-O. „Parteien ist offenbar zu eng, denn in ihm werden zusammengefasst die Nebenintervenienten, Gehilfen . . . . ohne dass daraus ein Argument für die Begriffsbestimmung der Partei entnommen werden dürfte."

2) Die C.-P.-O. regelt in § 293 C.-P.-O. allerdings nur den objektiven Umfang der materiellen Rechtskraft. Indem aber durch das Urteil über das materielle, durch den Prozess zu verwirklichende Recht entschieden wird, wird dasselbe, der „Anspruch", regelmässig auch in seinen subjektiven Beziehungen rechtskräftig festgestellt. Die Anspruchssubjekte sind nun zwar nicht notwendig auch die Prozesssubjekte, Parteien, auf deren Namen das Urteil ergeht, allein sie werden in den meisten Fällen mit demselben identisch sein. Auch von den

derjenigen Person enthalten, zu deren Gunsten die Zwangsvollstreckung stattfindet. Die Prozesskosten haben die Parteien zu tragen. Nur unter ganz besonderen Voraussetzungen können gemäss § 97 C.-P.-O. auch andere Personen, z. B. gesetzliche Vertreter zur Tragung von Prozesskosten verurteilt werden. Eine Ausdehnung dieser Bestimmungen ist auch nicht in der Richtung anzuerkennen, dass, wenn ein nicht zur Vertretung Legitimierter die Klage erhebt oder in der mündlichen Verhandlung auftritt, dieser Pseudovertreter die Kosten des Prozesses zu tragen hat. Es ist, wie Gaupp[1]) richtig bemerkt, unmöglich, den Prozess als einen Prozess des Vertreters zu behandeln und eine Person, die nicht Partei ist, in die Kosten zu verurteilen. Wird die Klage von einem Prozessunfähigen erhoben und die Klage wegen Mangels der Prozessunfähigkeit zurückgewiesen, so trifft die Kostenpflicht auch nur die prozessunfähige Partei, wie selbst Seuffert[2]) anerkennt. Die zur Bezahlung der Prozesskosten verurteilte Partei haftet auch der Staatskasse gegenüber als Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen. Die als Antragsteller aufgetretene Partei hat den Gebührenvorschuss zu bezahlen.

Parteien sind somit diejenigen Personen, für und gegen welche die Klage erhoben wird, auf deren Namen das Urteil gefällt wird, für und gegen welche es rechtskräftig wird, die Zwangsvollstreckung stattfindet und welche regelmässig allein die Prozesskosten zu tragen haben. Nur darf man dabei nicht vergessen, dass dies nicht dieselben Personen vom Anfang des Prozesses bis

anderen Fällen wird übrigens der Satz res iudicata facit ius inter partes zu gelten haben. Die C.-P.-O. steht jedenfalls nicht entgegen. Im Gegenteil, man könnte z. B. aus dem § 236 der C.-P.-O., welcher bestimmt, dass die Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam sei, den gegenteiligen Schluss ziehen, da diese Vorschrift offenbar die Wirksamkeit gegen den Autor für selbstverständlich ansieht, obwohl er nicht mehr Anspruchssubjekt ist. Auch kann nicht Oetker (Konkursrechtliche Grundbegriffe I, 317) beigestimmt werden, der annimmt, dass bei der Aufstellung jenes Satzes Identität des Anspruchssubjekts und Prozesssubjekts vorausgesetzt werde.

1) I, IV B.

2) N. 2 zu § 54.

zu dessen Beendigung zu sein brauchen, vielmehr eine Succession in die Parteirolle möglich ist. Es ist hienach keine Veranlassung geboten, von der oben angeführten Definition, wie sie schon das gemeine Prozessrecht angenommen hat, abzugehen. Partei ist diejenige Person, auf deren Namen und Rechnung der Prozess geführt wird. Diese oder ähnliche Begriffsbestimmungen befinden sich z. B. auch bei Wilmowski-Levy[1]), Gaupp[2]), Petersen[3]), Levy[4]), Fuchs[5]) und in den Entscheidungen des Reichsgerichts,[6]) ferner bei Wach.[7])

Diese Begriffsbestimmung erscheint somit auf Grund der angeführten Gesetzesbestimmungen gerechtfertigt. Doch bestehen Zweifel nach verschiedenen Richtungen hin. Es ist deshalb eine weitere Prüfung unerlässlich, um zu untersuchen, ob sich der aufgestellte Parteibegriff im einzelnen bewährt.

§ 3.

Die Beschränkung des Parteibegriffs auf die Subjekte des materiellen strittigen Rechtsverhältnisses.

Zunächst erhebt sich die Frage, ob nicht eine engere Begriffsbestimmung anzunehmen ist. Dies ist eine weitverbreitete Ansicht,[8]) sie definiert die Parteien als die Subjekte des strittigen

1) I, Vorbem. vor § 50.

2) I, Vorbem. vor § 50.

3) Comm. p. 117 und bei Busch 18, 1 ff.

4) Bei Gruchot 37, 173 ff.

5) Bei Gruchot 38, 173 ff.

6) E. VIII, p. 406 ff., besonders p. 412.

7) Handbuch I, p. 518 ff. Vgl. auch Planck, Lehrbuch §§ 42, 43, besonders p. 200, 206, 209. Die Definition Plancks setzt voraus die Annahme eines Rechtsschutzanspruchs gegenüber dem Staat (Gericht). Diese Theorie ist ohne Stütze im Gesetz. Vgl. dagegen Wilmowski-Levy I, N. 1a zu § 230; Gaupp I, N. II 1 zu § 136.

8) Vgl. z. B. Wach I, p. 519; Planck I, p. 209; Seuffert, Comm., Vorbem. vor § 50.

materiellen Rechtsverhältnisses. Dass die Parteien und die Subjekte des materiellen Rechtsverhältnisses identisch sind, ist wohl in den meisten Fällen zutreffend, weil regelmässig der dinglich Berechtigte oder der Gläubiger auch die aus ihren Rechten entspringenden Ansprüche geltend machen. Allein wie hauptsächlich Kohler[1]) hervorgehoben hat und nach ihm von mehreren Schriftstellern[2]) verteidigt worden ist, trifft dies nicht immer zu. Die Fälle, die hier in Betracht kommen, sind ganz verschiedener Natur und sind daher im einzelnen zu erörtern. Es sind drei Gruppen von Fällen:[3])

1) Fälle, in welchen kraft eines einem Dritten an dem Vermögen überhaupt oder an einem einzelnen Rechte einer Person zustehenden Privatrechts die Geltendmachung von Rechten im Prozess dem Dritten zusteht und jener Dritte die Abwehr von Ansprüchen, die sich auf jenes Vermögen oder jenes Recht beziehen, zu übernehmen hat.
2) Fälle, in denen ein civiles Rechtsverhältnis zwischen den Parteien vor der Klageerhebung nicht besteht, aber auf Grund des § 231 der C.-P.-O. Feststellung eines Rechtsverhältnisses verlangt werden kann.
3) Fälle, in denen auf Grund des Prozessrechts eine Partei einen fremden Anspruch geltend macht, beziehungsweise eine fremde Verpflichtung im Prozess abwehrt (§ 236 und § 73 C.-P.-O.).

In der ersten Gruppe hängt der praktisch wichtigste der Fälle mit dem ehemännlichen Verwaltungsrecht am Vermögen der Ehefrau zusammen. Überall nämlich, wo nach Landesrecht dem Ehemann der Niessbrauch am Vermögen der Frau zusteht, oder mit der allgemeinen oder partikulären Gütergemeinschaft oder der Verwaltungsgemeinschaft ein auf dem verwalteten Vermögen

1) Jahrb. f. Dogm. XXIV, p. 186 ff.; Busch, Zeitschr. 12, p. 97 ff.; Prozess als Rechtsverhältnis, p. 95; Grünhut's Zeitschr. Bd. 14, p. 39 ff.

2) Petersen, Comm., p. 118; Busch 18, p. 5 ff.; Ötker, Konkursrechtliche Grundbegr. I, p. 318—319; Eccius bei Gruchot 33, p. 734.

3) Die Prozessstandschaftstheorie Kohlers, welche sich auf einzelne der hier zu erörternden Fälle bezieht, wird weiter unten S. 69 ff. erörtert werden.

haftendes, mit dem Besitz desselben verbundenes Verwaltungsrecht des Ehemanns verknüpft ist, ist das Verfügungsrecht der Ehefrau über ihr Vermögen, also ihr Eigentumsrecht, Forderungsrecht u. s. w. insoweit beschränkt und ein Prozess und somit auch das in demselben ergehende Urteil für den Ehemann unwirksam, wenn durch dasselbe in das Verwaltungsrecht des Ehemanns in irgend einer Weise eingegriffen wird, indem die Entscheidung über jene Rechte der Ehefrau ergeht.[1]) Soweit durch den Prozess in sein Recht eingegriffen wird, hat der Ehemann als Prozesspartei aufzutreten kraft seines Verwaltungs- oder Niessbrauchsrechts, er macht die Eigentums- und Forderungsrechte der Ehefrau geltend, gegen ihn werden die gegen die Ehefrau zustehenden Ansprüche geltend gemacht. Bei diesen Prozessen handelt er nicht etwa als Vertreter der Ehefrau, denn nach dem deutschrechtlichen System der Gütereinheit[2]) und der Gütergemeinschaft[3]) ist das gesamte Vermögen der Eheleute in der Hand des Mannes als des Hauptes des Hauses; er hat ein eigenes selbständiges Besitz- und Verwaltungsrecht an demselben. Charakterisiert sich das Recht des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau als ein Niessbrauchsrecht,[4]) so ist hierin der Grund für die erwähnte prozessuale Stellung des Ehemanns zu finden. Das Subjekt der Rechtsverhältnisse, welches sich im Streit befindet, ist jedoch stets die Ehefrau.

Bezüglich der Frage, wenn ein Prozess einen Eingriff in die Rechte eines Ehemanns bewirkt, mag bemerkt werden, dass ein solcher niemals vorliegt, wenn eine Feststellungsklage von ihr oder gegen sie erhoben wird oder der von ihr oder gegen sie erhobene Anspruch kein vermögensrechtlicher ist, oder wenn es sich im Prozess um Vermögen handelt, über welches sich die

1) Im einzelnen kann auf die verschiedenen Partikularrechte nicht eingegangen werden, es mag verwiesen werden bezüglich des preussischen Rechtes auf Förster-Eccius IV (§ 206), p. 36 ff., (§ 209) p. 72 ff.; bezüglich des württembergischen Rechtes auf Lang, Württembergisches Personenrecht, § 54.

2) Gerber, §§ 267, 269, 270.

3) Gerber, § 276.

4) Gerber, § 270.

Ehefrau das Verwaltungsrecht vorbehalten hat. Nicht zu verwechseln mit diesen Fällen, in welchen der Ehemann als Vermögensverwalter klagt und verklagt wird, ist der, wenn das Verwaltungsrecht des Mannes selbst Gegenstand des Rechtsstreits ist, so z. B., wenn ein Ehemann eine Sache von seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau kraft seines Verwaltungsrechts herausverlangt. Hier macht der Ehemann einen angeblich ihm selbst zustehenden Anspruch geltend, der sich gegen eine Person richtet, welche ihm als die angeblich verpflichtete Person gegenübersteht.

Dasselbe, wie in dem vorerwähnten Fall, gilt für Prozesse, welche sich auf die bona adventicia regularia eines grossjährigen Hauskinds beziehen. Ein zwischen dem Hauskind und einem Dritten ergangenes Urteil über ein Rechtsverhältnis, in welchem das Hauskind als berechtigte oder verpflichtete Person steht, ist ohne Wirkung für das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht des Hausvaters. Um diesen Erfolg herbeizuführen, ist es notwendig, dass, soweit es sich um das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht des Vaters handelt, der Hausvater selbst die Rechte des Haussohns geltend macht und die Klage gegen den Hausvater gerichtet wird, dieser somit als Prozesspartei auftritt. Auch hier handelt der Hausvater aus eigenem Recht, nicht in Vertretung des Hauskinds.[1]) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass nach l. 8 § 3, C. 6, 61 die Einwilligung des grossjährigen anwesenden Hauskinds vom Vater eingeholt werden soll, wenn es Prozesse über das bezeichnete Vermögen führen will, ein Erfordernis, das übrigens von manchen für obsolet gehalten wird.[2])

Ob man weitere zu dieser Gruppe gehörige Fälle annehmen will, hängt davon ab, wie man sich zu der sehr bestrittenen Frage hält, ob nach gemeinem Recht Rechte am Recht angenommen werden können (nach Partikularrecht ist dies unzweifelhaft). Hauptsächlich handelt es sich darum, ob Niessbrauch und Pfandrecht nur an körperlichen Sachen oder ob sie auch an Rechten

---

1) Dernburg Pand. III, § 34, und Kohler, Jahrb. f. Dogm. XXIV, p. 254 ff.

2) Jahrb. f. Dogm. XXIV, p. 255.

bestehen können. Es ist hier nicht der Ort, zu untersuchen, ob diese Frage zu bejahen oder zu verneinen ist.

Wird sie bejaht, so folgt daraus sofort, dass eine Anzahl von weiteren Fällen, in welchen die Parteien einen fremden Anspruch mittelst Leistungs- oder Feststellungsklage kraft eigenen Rechts und in eigenem Namen geltend machen, hieher zu zählen sind.[1]) Einer derselben liegt vor, wenn ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechts geltend macht[2]); und diesem steht der Fall gleich, wenn der Gläubiger eine gepfändete und ihm gemäss § 736 C.-P.-O. zur Einziehung überwiesene Geldforderung einklagt; denn durch die Überweisung zur Einziehung erlangt der Gläubiger die Berechtigung, die fremde Geldforderung kraft eigenen Rechts und in eigenem Namen geltend zu machen.[3]) Es mag hiebei bemerkt werden, dass da, wo nicht ein Recht am Rechte, sondern an der Sache des Dritten angenommen wird, dem Berechtigten, z. B. dem Emphyteuta oder Superficiar oft dieselben Klagen zustehen, wie dem Eigentümer der Sache selbst.

Am klarsten zeigt sich die Thatsache, dass das Prozesssubjekt und das Subjekt des strittigen materiellen Rechtsverhältnisses nicht notwendig identisch sind, in der zweiten Gruppe der Fälle. Hier besteht vor der Klagerhebung zwischen den als Parteien auftretenden Personen kein civiles Rechtsverhältnis. Dies trifft zu, wenn es sich um Feststellung eines absoluten Rechts handelt. Hier ist ein Verpflichteter nicht vorhanden, erst durch eine Rechtsverletzung wäre ein solcher gegeben. Feststellung eines Rechtsverhältnisses kann schon verlangt werden, wenn nur eine Gefährdung desselben vorliegt. Freilich wird hiebei von vornherein diejenige Ansicht als unrichtig vorausgesetzt, nach welcher ein Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber des absoluten Rechts und einem jeden Menschen als Verpflichteten bestehen soll. Wird nun unter den Voraussetzungen des § 231 C.-P.-O. auf Feststellung dieses Rechts

1) Vgl. Windscheid I, §§ 206 und 239.
2) Windscheid I, p. 726.
3) E.-R.-G. XX, p. 421; XXVII, p. 294. Gaupp II, N. III zu § 736.

gegen einen dasselbe Bestreitenden geklagt, so ist zwar der Kläger Subjekt des bestrittenen civilen Rechtsverhältnisses z. B. Eigentümer einer Sache, aber der Beklagte steht nicht als Verpflichteter in diesem Rechtsverhältnis. Ähnlich liegt der Fall bei der Feststellungsklage des einen Forderungsprätendanten gegen den anderen, sei es nun, dass von dem einen gegen den andern auf Feststellung des Nichtbestehens eines von dem Beklagten gegen einen Dritten angemassten Rechtsverhältnisses (negative Feststellungsklage) oder auf positive Feststellung des dem Kläger gegen einen Dritten zustehenden Rechts geklagt wird. Hieher gehört auch der im § 72 C.-P.-O. behandelte Fall, in welchem es sich auch nur um einen Prätendentenstreit handelt, doch kann hier der Litisdenunciat sowohl Leistung als Feststellung seines Rechts verlangen. Auch hier besteht kein civiles Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem in den Streit eintretenden Litisdenunciaten. Kläger behauptet, dass ihm eine Forderung gegen den ursprünglichen Beklagten zustehe, der Litisdenunciat dagegen, ihm stehe die vom Kläger beanspruchte Forderung zu. Hievon unterscheidet sich der Fall des § 134 der K.-O. dadurch, dass hier der Beklagte das Recht des Klägers gegen den Gemeinschuldner lediglich bestreitet, nicht dabei aber notwendig für sich selbst in Anspruch nimmt. Wird die Forderung eines Gläubigers im allgemeinen Prüfungstermin von einem andern Gläubiger bestritten, so hat derselbe die Feststellung seiner Konkursforderung gegen den bestreitenden Konkursgläubiger mittelst Klage zu betreiben. Diese Klage gegen den bestreitenden Gläubiger ist eine Feststellungsklage.[1]) Das Rechtsverhältnis, um welches es sich im Prozess handelt, ist das zwischen dem betreibenden Konkursgläubiger und dem Gemeinschuldner bestehende. Wem endlich ein dingliches Recht an einer Sache (Niessbrauch, Superficies, Emphyteusis, Pfandrecht) zusteht, kann Feststellung des Bestehens des Rechts desjenigen beantragen, von dem er sein Recht ableitet, z. B. wenn ein Dritter das Eigentumsrecht des Bestellers

1) Vgl. über die rechtliche Natur dieser Klage A. S. Schultze, Konkursrecht, p. 55 ff.

eines Niessbrauchs an einer Sache bestreitet, weil er damit auch die Rechtsgiltigkeit der Bestellung selbst in Frage stellt, sofern die Berechtigung zur Bestellung aus einem andern Grunde (z. B. auf Grund einer Superficies) von vornherein als ausgeschlossen erscheint. Hier handelt es sich allerdings in letzter Linie um das eigene Recht des dinglich Berechtigten, zunächst aber doch um das Recht des Auktors, also um ein Recht, dessen Subjekt Kläger nicht ist. Der Umstand, dass er sein Recht von dem an der Sache Berechtigten ableitet, verschafft ihm das für die Feststellungsklage nach § 231 C.-P.-O. erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung.

Es braucht kaum erwähnt zu werden, dass hier überall davon ausgegangen wird, dass nicht von vornherein der Antrag auf Feststellung eines nicht zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses für unzulässig erachtet wird. [1])

Die zu der dritten Gruppe gehörigen Fälle sind der C.-P.-O. zu entnehmen.

Der § 236 C.-P.-O. enthält nämlich in Abs. 1 die Bestimmung, dass die in dem Streit befangene Sache veräussert und der geltend gemachte Anspruch während des Prozesses cediert werden könne und damit die Aufhebung des gemeinrechtlichen Veräusserungsverbots einer res litigiosa. Hieran schliesst sich die Anordnung im Absatz 2: „Die Veräusserung oder Cession hat auf den Prozess keinen Einfluss.“

Die genannte Bestimmung ist so auszulegen, dass die Veräusserung überhaupt keinen Einfluss auf den Prozess und die Prozessführung hat, dass es so anzusehen ist, als ob keine Veräusserung erfolgt wäre. Die Wirkung der Veräusserung tritt nur zwischen Veräusserer und Erwerber ein, aber nicht dem Prozessgegner gegenüber: dieser darf sich nicht auf die Veräusserung berufen und die Einrede mangelnder Aktivlegitimation geltend machen. Von dieser Auffassung aus [2]) kann kein Zweifel sein,

1) Vgl. über diese Frage Mandry, civilr. Inhalt, p. 271; Wach, Feststellungsanspruch, p. 48 ff.

2) Vgl. Gaupp I, N. III zu § 236; Seuffert, N. IVa zu § 236; Mandry, civilr. Inhalt, p. 241.

dass der Veräusserer nach wie vor der Veräusserung Partei bleibt und auf seinen Namen die Entscheidung in der Sache und im Kostenpunkt zu stellen ist. Nur wenn mit Einwilligung beider Parteien der civilistische Erwerber als Partei auftritt (§ 236 Abs. 2) wird das Urteil auf den Namen des Erwerbers gestellt. Auf diesen Fall ist hier nicht näher einzugehen. Ist aber die Veräusserung ohne Einfluss auf den Prozess, so ist klar, dass, wenn der Kläger den Anspruch cediert oder der Kläger oder der Beklagte die Sache veräussert, die Parteistellungen dieser Personen nicht dadurch berührt werden. Insoweit stimmt auch Wach[1]) mit der vorgetragenen Ansicht überein: Er betrachtet den Veräusserer als dominus litis mit allen Parteirechten und Pflichten und wahrt ihm die Parteirolle. Dagegen ist nach der Veräusserung der Erwerber das Subjekt des im Streit befindlichen Anspruchs, also sind Prozesssubjekt und Anspruchssubjekt nicht mehr identisch. Für die Wirksamkeit des auf den Namen der Prozesspartei ergehenden Urteils für und gegen den Rechtsnachfolger ist durch § 236 3 Gewähr geleistet.

Ähnlich liegt der Fall des § 237 C.-P.-O. Der Rechtsnachfolger ist berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, nach der Veräusserung den Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen. Übt der Successor sein Recht nicht aus oder stellt der Gegner den Antrag nicht, so bleiben die bisherigen Parteien unverändert in ihrer Stellung. Sie sind nach wie vor Prozesssubjekte, allein nunmehr steht auf Grund der Rechtsnachfolge der Anspruch dem Successor zu oder es wird gegen ihn der Anspruch geltend gemacht.

Den zweiten der hiehergehörigen Fälle enthält die Bestimmung des § 73 C.-P.-O. Über die Stellung des benannten und des ursprünglichen Beklagten nach dessen Ausscheiden herrscht viel Streit, es dürfte hierüber folgendes gelten:

Mit dem Ausscheiden des ursprünglichen Beklagten hört die bisherige verklagte Partei auf, Prozesspartei zu sein, was sich daraus ergiebt, dass sie durch Endurteil von dem Prozess entbunden wird (absolutio ab instantia); in die Rolle des bisherigen

1) Bei Gruchot XXX, p. 791 ff.

Beklagten succediert der Benannte. Er ist Partei von dem Augenblicke an, wo er erklärt, den Prozess übernehmen zu wollen, nicht vom Ausscheiden des bisherigen Beklagten an. Er kann aber diese Eigenschaft durch Zurückweisung verlieren. Infolge der Succession in die Parteirolle ist eine neue Klage nicht erforderlich, um den Benannten zur Prozesspartei zu machen. Die „Entbindung von der Klage" ist die Erklärung, dass der Benannte berechtigt sei, an Stelle des bisherigen Beklagten den Prozess fortzuführen.[1]) Es ist Wach beizustimmen, welcher bemerkt, dass der Benannte alleinige Partei sei, weder als Stellvertreter des Detentor noch als dessen Streitgenosse zu betrachten sei. Was der streitentlassene Detentor thue oder versäume, sei gleichgiltig, wenn auch das Urteil gegen den Detentor wirke, so erhalte ihn dies nicht in der Parteirolle.[2]) Der Benannte ist somit nach der Übernahme des Prozesses als wirkliche Prozesspartei zu betrachten, aber nicht als Subjekt des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs. Dass er Anspruchssubjekt ist, ergiebt sich auch nicht daraus, dass der juristische Besitzer dem Vindikanten gegenüber ebenso gut passiv legitimiert ist, als der Detentor, denn es bestehen zwei Ansprüche des Vindikanten, einer gegen den Possessor und einer gegen den Detentor, da die Eigentumsklage gegen jeden Besitzer zusteht. So kann z. B. der Eigentümer sowohl gegen den juristischen Besitzer einer Sache, als auch denjenigen, der als Niessbraucher die Sache inne hat, klagen.[3]) Wird aber einmal der Anspruch gegen den Detentor geltend gemacht, so ist dies der im Streit befindliche Anspruch und bleibt es auch, wenn ein Successor in die Parteirolle eingetreten ist. Ein Wechsel des Anspruchs derart, dass nun der gegen den Benannten angeblich bestehende Anspruch Streitgegenstand ist, ist nicht anzunehmen. Hiegegen spricht folgendes. Vom Kläger wird der gegen den ursprünglichen Beklagten als bestehend behauptete Anspruch in judicium deduciert, was wohl keinem Zweifel unterliegen

1) Vgl. Gaupp I, N. IV 4 zu § 73.

2) Vgl. Wach, Vorträge, p. 108, und besonders Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 345.

3) Vgl. Eccius III, p. 374 (§ 186).

kann. Dieser Anspruch wird mit dem Ausscheiden des Beklagten nicht erledigt, wie schon daraus hervorgeht, dass der Beklagte überhaupt die Verhandlung zur Hauptsache verweigern kann. Das Endurteil, welches den Beklagten für berechtigt erklärt, aus dem Prozess auszuscheiden, ist keine Sachentscheidung; auch sonst liegt kein prozessualischer Akt vor, welcher darauf hindeutet, dass über diesen Anspruch nicht mehr zu entscheiden sei wie z. B. eine Klagezurücknahme. Man wird also annehmen müssen, dass die Entscheidung, welche noch in der Sache zu ergehen hat, über jenen Anspruch ergeht. Auch liegt nicht einer der Fälle vor, in welchem die prozessualische Succession mit einem civilistischen Vorgang verknüpft ist, wie z. B. bei der Universalsuccession der Erben: anerkanntermassen succediert der Benannte bei der Übernahme des Prozesses nicht in ein civiles Recht des ursprünglichen Beklagten; der Vorgang ist ein rein prozessualischer. Nun behauptet zwar Kohler,[1]) die Entscheidung des Prozesses sei sowohl eine Entscheidung über das Recht der ausgeschiedenen Partei, als über das des Benannten. Allein dies kann nicht als richtig anerkannt werden. Wodurch wird dieser Anspruch, der zur Entscheidung gebracht werden soll, gegen den Benannten in judicium deduciert? Durch einen von dem Kläger vorgenommenen Akt jedenfalls nicht: hiefür würde es an jedem Anhaltspunkt fehlen. Man müsste also annehmen, dass der Benannte, welcher in die Beklagtenrolle eintritt, einen Anspruch in judicium deduciert. Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, dass einerseits die Sachentscheidung über den gegen den ursprünglichen Beklagten geltend gemachten Anspruch nicht erledigt ist, andererseits die Deduction eines neuen Anspruchs in judicium sich nicht leicht erklären lässt, daher ist zu verwerfen sowohl die Annahme, dass ein Wechsel der Ansprüche, als auch die Ansicht, dass die Entscheidung über beide Ansprüche stattfindet. Vielmehr hat folgendes zu gelten: Als Subjekt des geltend gemachten Anspruchs ist der ursprüngliche Beklagte zu betrachten. Dem Benannten dagegen fällt nach der Übernahme des Prozesses kraft Gesetzes die Auf-

1) Vgl. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 345.

gabe zu, die Verteidigung gegen einen ihm fremden Anspruch zu führen. Überflüssig, ja verwirrend ist es auch, den Benannten als procurator in rem suam zu bezeichnen. Nach der Ansicht von Wach[1]) wird durch das judicium acceptum die Sache für den Stellvertreter aus einer fremden gleichsam zu einer eigenen; Kohler[2]) ist geradezu der Ansicht, dass der procurator in rem suam einen eigenen privatrechtlichen Anspruch geltend mache bezw. gegen ihn der Anspruch als das Subjekt desselben gerichtet werde. Somit ist der Benannte, wenn man die bisherigen Ausführungen zu Grund legt, jedenfalls nicht procurator in rem suam.

Es hat sich sonach ergeben, dass auch in diesem Fall Anspruchssubjekt und Prozesssubjekt auf der passiven Seite nicht identisch sind. Das Urteil ergeht auf den Namen des Benannten und des Klägers. Die Wirksamkeit desselben gegen den ursprünglichen Beteiligten ergiebt sich aus § 734 C.-P.-O.

Hienach wäre die oben aufgestellte Frage, ob nicht eine engere Begriffsbestimmung aufzustellen ist, zu verneinen.

Es darf jedoch nicht unerörtert bleiben, dass sämtliche angeführte Fälle bei Erörterungen über die Begriffsbestimmungen der „Partei“ oder über andere Fragen schon in anderer Weise konstruiert worden sind. Hält man diese Construktionen, welche im einzelnen erörtert werden müssen, für richtig, so muss man auch die an die Spitze gestellte engere Begriffsbestimmung für zutreffend halten.

Was die in der ersten Gruppe erwähnten Fälle betrifft, so wird übrigens auch von solchen, die für eine engere Begriffsbestimmung eintreten, angenommen, dass das dem Ehemann nach partikularem Güterrecht am Vermögen der Ehefrau zustehende Nießbrauchsrecht ein eigenes Recht des Ehemanns sei, in welches bei einem Prozess über die der Nutznießung unterliegenden Sachen und Rechte der Ehefrau eingegriffen wird. Von diesem Fall unterscheidet Wach die Fälle des Verwaltungsrechts des Ehemanns bei

1) Der römische Civilprozess, p. 265.

2) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 301 ff. Vgl. über diese Frage auch A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess, p. 301 ff.

der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft und bezüglich des ehemännlichen Niessbrauchs am Eingebrachten bei der Verwaltungsgemeinschaft. Er nimmt in diesen Rechtsstreitigkeiten für den Ehemann die Stellung eines gesetzlichen Vertreters einer prozessfähigen Person an — nach § 51 C.-P.-O. ist die Ehefrau prozessfähig; — in den Grenzen des Verwaltungsrechts soll dem Ehemann das Vertretungsrecht zustehen.

Die Ehefrau ist sonach in diesen Prozessen, in welchen es sich um ihr und gegen sie angeblich zustehende Ansprüche handelt, Partei, der Ehemann ihr gesetzlicher Vertreter. Nimmt man weiter an, dass sich in Rechtsstreitigkeiten um die der Nutzniessung unterliegenden Sachen und Rechte lediglich um die aus dem Nutzniessungsrecht fliessenden Ansprüche des Ehemanns handelt, so ist allerdings in diesen Fällen die Identität des Anspruchssubjekts und Prozesssubjekts wieder hergestellt.[1]) Allein der Ansicht Wachs stehen doch erhebliche Bedenken entgegen. Es ist sehr bestritten, ob die C.-P.-O. eine gesetzliche Stellvertretung einer prozessfähigen Person überhaupt kennt. Allein wenn man auch diese Frage grundsätzlich bejahen will, so ist doch soviel sicher, dass eine solche Vertretung überhaupt nur ausnahmsweise anzunehmen ist und jedenfalls nicht im vorliegenden Fall; denn es wäre doch höchst merkwürdig, wenn da, wo der Ehefrau, welche nach dem Landesrecht handlungsunfähig ist, wie z. B. in Württemberg nach der herrschenden Auslegung des württembergischen Landrechts von 1610 I, 18 § 2, III, 7, § 3 durch die C.-P.-O. § 51 2 ausdrücklich die Handlungsfähigkeit für den Prozess (Prozessfähigkeit) verliehen ist, ihre Stellung nach wie vor diejenige einer Handlungsunfähigen auch im Prozess wäre. Es ist daher die Ansicht Wachs zu verwerfen und Mandry[2]) zuzustimmen, welcher bemerkt: Der Ehemann klage bezw. müsse sich verklagen lassen in Geltendmachung seines Verwaltungsrechts, welches den Charakter eines selbständigen auf der ehelichen Gemeinschaft ruhenden Rechts habe, nicht als Vertreter der Ehefrau. Der Ansicht, dass der Ehemann stets nur die Ansprüche aus

1) Vgl. Seuffert, Vorbem. vor § 50, N. 3.

2) Der civilrechtliche Inhalt, p. 26, Anm. 22.

seinem Nutzniessungsrecht geltend mache, ist gleichfalls nicht beizutreten. Wie der Niessbraucher das seiner Nutzniessung unterliegende Forderungsrecht kraft seines Nutzungsrechts einklagt,[1]) soweit ihm dasselbe nicht als eigenes zukommt, so ist dies bezüglich des Nutzungsrechts des Ehemanns an dem Vermögen der Ehefrau der Fall. Wenigstens ist kein Grund vorhanden zu einer anderen rechtlichen Konstruktion.

Die Stellung des Hausvaters in den auf das ordentliche Adventiciengut des grossjährigen Haussohnes bezüglichen Prozessen wird gleichfalls häufig als gesetzliche Vertretung desselben, sein Handeln als ein Handeln im Namen des Sohnes bezeichnet.[2]) Dass diese Ansicht jedoch unhaltbar ist, hat Kohler nachgewiesen.[3]) Was das Problem des Rechts am Rechte betrifft, so ist es gemeinrechtlich bestritten, ob dingliche Rechte an fremden Sachen, insbesondere Niessbrauchsrecht und Pfandrecht als dingliche Berechtigungen auch an Rechten vorkommen können. Nimmt man z. B. an, dass der Niessbraucher an einer Forderung Cessionar der Forderung gegen Caution ist oder die Verpfändung einer Forderung eine durch den Pfandrechtszweck beschränkte Cession oder eine bedingte Cession bewirkt, so kämen auch diese Fälle in Wegfall und, wenn man die Ansicht vertritt, dass Niessbraucher und Pfandgläubiger stets nur über ihre eigenen, ihrem Niessbrauch oder Pfandrecht entspringenden Ansprüche, prozessieren, kommt man zu demselben Resultat. Doch ist jedenfalls bezüglich der Wirkung der Überweisung einer Geldforderung zum Einziehen gemäss § 736 C.-P.-O. herrschende, auch vom Reichsgericht[4]) geteilte Ansicht, dass diese nicht eine Cession der Forderung bewirkt, vielmehr derjenige, dem die Forderung überwiesen wird, den Anspruch des Gläubigers, also einen fremden Anspruch geltend macht.

Dass die Anerkennung der weiteren, in der zweiten Gruppe genannten Fälle von der Auslegung des § 231 der C.-P.-O.

1) Windscheid I, p. 618.
2) Vgl. Reichsgericht XII, p. 189; Planck I, p. 222.
3) Jahrb. f. Dogm. XXIV, p. 254.
4) E. XX, p. 421; XXVII, p. 294.

insofern abhängt, als nach der Ansicht einiger Schriftsteller diese Bestimmung nur Feststellungsklagen zwischen den Subjekten des materiellen Rechtsverhältnisses gestatten soll, ist bereits bemerkt worden. Auch wird man Seuffert[1]) nicht beitreten können, welcher behauptet, dass der Niessbraucher, Superficiar, Emphyteuta und Pfandgläubiger, wenn sie eine Entscheidung über das Bestehen des fremden Rechts, welches die Voraussetzung ihres eigenen von diesem abgeleiteten Rechts ist, begehren, nicht über ein fremdes, sondern über ihr eigenes Recht prozessieren. Denn in erster Linie handelt es sich um eine Entscheidung über das Bestehen eines fremden Rechtes.

Aber auch auf Grund einer der Theorien über die Natur der Feststellungsklage liesse sich die Annahme rechtfertigen, dass die Prozesssubjekte und die Subjekte des civilen Rechtsverhältnisses identisch sind. Es ist dies die Theorie,[2]) nach welcher der § 231 C.-P.-O. ein materielles Recht auf Feststellung statuiert, welches, wenn es verletzt wird, mit der Feststellungsklage verfolgt wird. Die Subjekte dieses civilen Anspruchs sind dann zugleich die Subjekte des Prozesses. Doch hat diese Theorie insbesondere seit den Ausführungen Wach's über den Feststellungsanspruch nur noch wenige Anhänger. Dagegen kann man es ganz wohl für richtig halten, dass durch die Prozessbegründung ein öffentlich rechtlicher Anspruch gegen den Gegner entstehe, ohne dass man zugeben muss, dass die Subjekte dieses publizistischen Rechtsverhältnisses identisch sind mit den Subjekten des materiellen strittigen Rechtsverhältnisses. Vor der Klageerhebung besteht z. B. bei den absoluten Rechten ein solches nicht und durch die Klageerhebung wird nur ein öffentlich rechtliches geschaffen.

Was die in der dritten Gruppe genannten Fälle betrifft, so würde die von Eccius[3]) über die Bedeutung der Bestimmung

1) Comm., Vorbem. vor § 50, N. 3.

2) Vgl. Wach, Der Feststellungsanspruch, p. 5.

3) Vgl. Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts I, § 99. V; Wilmowski-Levy I, § 236, N. 2; A. Förster, § 236, N. 4b; Struckmann-Koch, § 236, N. 2.

des § 236 C.-P.-O. aufgestellte Theorie, welche der Veräusserung einen weitgehenden Einfluss auf den Prozess einräumt, auch die erwähnte engere Begriffsbestimmung rechtfertigen können.

Nach Eccius Ansicht bleibt der Veräusserer gesetzlich Prozesspartei, aber materiell führt er den Streit als Vertreter des Cessionars. Der Beklagte kann sich auf den Mangel der Sachlegitimation berufen, wenn der Cedent fortfährt, nach der Veräusserung für sich zu klagen. Dem Erwerber gegenüber ist der Veräusserer verpflichtet, die Verurteilung des Prozessgegners zur Leistung an den Rechtsnachfolger zu beantragen. Das Urteil ist mit oder ohne dahin geänderten Antrag auf den Rechtsnachfolger zu stellen. Allein mit Recht führt Wach,[1]) der die Ansicht von Eccius widerlegt, aus, dass dessen Ansicht der Annahme eines Wechsels der Prozesssubjekte gleichkomme. Denn der Antrag, den Schuldner zur Zahlung an den Erwerber zu verurteilen, enthalte entweder ein petitum in favorem tertii oder ein petitum alieno nomine.

Letzteres sei Stellvertretungshandlung, also nur mit der Annahme des Wechsels der Prozesssubjekte vereinbar. Somit liege eine Klageänderung vor. Eccius bemerkt zwar, es liege hierin gerade so wenig eine Klageänderung, als wenn im Laufe des Prozesses eine Partei unter eine notwendige Vertretung komme und die Leistung nun zu Händen des notwendigen Vertreters erfolgen solle. Diese Ansicht ist aber nicht aufrecht zu erhalten. Erblickt man in dem oben genannten Antrag ein petitum alieno nomine, so liegt die Sache so, dass der Kläger die Klage in eigenem Namen erhebt und später in Vertretung eines andern z. B. als gesetzlicher Vertreter zu handeln erklärt. Dies setzt voraus, dass ein Dritter an Stelle des ursprünglichen Klägers getreten ist. Jede Substitution einer andern Person an Stelle des ursprünglichen Klägers bewirkt aber eine Klageänderung. Der von Eccius erwähnte Fall enthält gleichfalls eine Klageänderung jedenfalls dann, wenn der Antrag auf Leistung zu Händen des notwendigen Vertreters soviel bedeutet, dass jener

1) Bei Gruchot XXX, p. 791 ff.

den rechtshängigen Anspruch für sich geltend machen solle. Sollte er aber mit dem Antrag, dass die Leistung an ihn erfolgen solle, sagen wollen, dass die Leistung an ihn als Vermögensverwalter u. dergl. erfolgen müsse, so ist dies für die Frage für und gegen welchen das Urteil ergeht, völlig belanglos. Das Urteil ergeht auf den Namen des Vertretenden, nicht auf den des gesetzlichen Vertreters, der die Leistung in Empfang nehmen soll.

Es lässt sich sonach ein auf Zahlung an den Erwerber lautender Antrag von diesem Standpunkt aus nicht rechtfertigen. Der genannte Antrag kann auch nicht als ein petitum in favorem tertii betrachtet werden,[1]) denn wie Wach[2]) ausführt, hat der Veräusserer kein Recht darauf, dass der Beklagte an den Erwerber zahle, darum kann auch keine Verurteilung zur Zahlung an den Dritten erfolgen. Weiter ist noch gegen die Theorie von Eccius anzuführen, dass gemäss § 236 3 das Urteil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger rechtswirksam sein soll. Eine solche Vorschrift wäre überflüssig, wenn das Urteil selbst schon auf den Namen des Cessionars zu lauten hätte. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gegen die Annahme der Zulässigkeit der Einrede der mangelnden Sachlegitimation das argumentum e contrario aus § 238 spricht und dass die Stellung des Urteils auf den Namen des Rechtsnachfolgers beim Unterlassen des Antrags auf Zahlung an denselben die Vorschrift des § 279 C.-P.-O. verbietet.[3])

Endlich sei noch der Fall des § 73 C.-P.-O. erwähnt. Fitting[4]) nimmt an, dass der Ausdruck „Entbindung von der Klage“ bedeute, dass der Beklagte nur von der Prozessführung frei werde und insofern wie ein Dritter behandelt werde, dass

---

1) A. A. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 303. Übrigens hält Kohler das Einsetzen des Erwerbers in das Urteil nur dann für angezeigt, wenn das Urteil zu einer Verurteilung oder zu einer bejahenden Entscheidung führt und auch da nur, wenn es sich um Succession auf klägerischer Seite handelt, a. a. O. p. 307.

2) a. a. O. 788.

3) Wach a. a. O. 789 f.

4) Lehrb. § 30; so auch Struckmann-Koch, N. 7 zu § 73.

er aber gewissermassen doch Partei bleibe und das Urteil auch auf seinen Namen zu stellen sei. Für ihn und für sich führe der Benannte den Prozess weiter. Wach[1]) dagegen erklärt jenen Ausdruck dahin, er sei der Ausspruch, dass der Beklagte nicht verpflichtet sei, sich zu verteidigen, die Beklagtenrolle zu übernehmen.

Nimmt man mit Fitting an, dass der ursprüngliche Beklagte während des ganzen Prozesses Partei bleibe, so ist auch kein Grund vorhanden, Identität des Anspruchssubjekts und Prozesssubjekts zu leugnen. Nach der Ansicht von Wach ist eigentlich nur der Benannte der Beklagte während des ganzen Prozesses: der ursprüngliche „Beklagte" übernimmt diese Rolle gar nicht. Von diesem Standpunkt aus kann man auch annehmen, dass es sich im Prozess eben nur um einen Anspruch gegen den Benannten handle. Es handelt sich bis zur „Entbindung von der Klage" eigentlich gar nicht um einen Streit über den materiellen Anspruch, der sich gegen den Beklagten richtet, sondern um die Frage, ob der „Beklagte" die Beklagtenrolle zu übernehmen hat und der einzige materielle Anspruch, über den verhandelt wird, ist der Anspruch gegen den Benannten.

Allein in dem Ausdruck „Entbindung von der Klage" liegt schon seinem Wortlaut nach, dass der Beklagte aufhört, Beklagter zu sein, nicht, dass er nur von der Prozessführung frei werde. Es kann auch nicht darin liegen, dass der Beklagte die Beklagtenrolle nicht zu übernehmen hat. Denn die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind schon eingetreten: daher ist auch ein Kläger und Beklagter vorhanden.

Es ist daher eine Succession in die Parteirolle anzunehmen; dass nach dieser Succession der Benannte gegen einen fremden Anspruch sich verteidigt, ist bereits oben dargelegt worden.

Nach diesen Erörterungen bedürfen die Ausführungen Levy's[2]) keiner besonderen Widerlegung mehr: dass nämlich in

1) Vorträge p. 82 (1. Aufl.); siehe aber jetzt p. 108 (2. Aufl.).
2) Bei Grachot XXXVI, p. 174 ff.

den Klagen des Forderungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner, des Vaters im Adventicienprozess des grossjährigen Hauskinds und des Ehemanns in Sachen des Frauenguts die Kläger ihr eigenes Recht verfolgen und deshalb auch die Subjekte dieses ihres Anspruchs seien. Unzutreffend insbesondere ist die Bemerkung, dass da, wo das Civilrecht dem Forderungspfandgläubiger ein direktes Klagerecht gegen den Drittschuldner gewähre, jener auch Subjekt des im Streit befangenen Anspruchs sei. Wenn schliesslich Levy die Ansicht aufstellt, dass der veräussernde und cedierende Kläger nach § 236 C.-P.-O. zur Sache legitimiert bleibe, also den Anspruch in eigenem Recht und in eigenem Namen verfolge, so ist die Erklärung hiefür bereits in der Vorschrift des § 236 Abs. 2 gesucht und der Versuch, hieraus ein Argument für den engeren Parteibegriff zu entnehmen, zurückgewiesen worden.

§ 4.

Ausdehnung des Parteibegriffs auf alle rem in iudicium deducentes.

In einer Kritik von Seufferts Commentar [1]) und in seinen konkursrechtlichen Grundbegriffen [2]) vertritt Oetker die Ansicht, als Parteien seien anzusehen der rem in iudicium deducens und is contra quem res in iudicium deducitur. Die Begriffsbestimmung in jener Kritik erfolgt im Anschluss an eine Erörterung, welche den Parteibegriff ex professo behandelt, während in den Grundbegriffen auf Grund der erwähnten Definition die Parteistellung des Konkursverwalters in den Prozessen, die er zwecks Konstituierung der Masse führt, gerechtfertigt werden soll. Auf die Stellung des Konkursverwalters wird unten im Zusammenhang mit ähnlichen Fällen eingegangen werden. Hier ist nur die genannte Begriffsbestimmung, welche von Stegemann [3]) weiter entwickelt worden ist, zu würdigen. Dieselbe beschränkt sich nun keineswegs darauf, denjenigen Fällen gerecht zu werden, in

1) Juristisches Litteraturblatt von 1890, p. 188.
2) Band I, p. 316 ff.
3) Busch 17, p. 326 ff.

welchen die Parteien nicht Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses sind, sondern hat eine viel weiter gehende Bedeutung. Hiernach würden auch der Vormund, die Vertreter juristischer Personen z. B. des Fiskus, überhaupt jeder gesetzliche Vertreter als Partei anzusehen sein, denn von allen kann man sagen, dass sie rem in iudicium deducieren. Allein soweit wollen auch Oetker und Stegemann nicht gehen. Da wo ein wirkliches Vertretungsverhältnis vorliege, sei es ein gesetzliches oder gewillkürtes, werde der Vertretene, welcher Subjekt der res in iudicium deducta sei, nach den auch in der C.-P.-O. anerkannten Grundsätzen der direkten Stellvertretung, durch das Medium des Vertreters selbst Deducent und Partei.[1]) Ein gesetzliches Vertretungsverhältnis liege aber dann vor, wenn einem handlungsunfähigen Rechtssubjekt der Rechtsgenuss durch Rechtshandlung eines anderen nach Rechtsvorschrift zu vermitteln sei. Auf den Begriff der Vertretung wird weiter unten eingegangen werden. Es mag genügen, hier darauf hinzuweisen, dass in den fraglichen Fällen gerade Streit darüber ist, ob ein (wenigstens partieller) Mangel der Handlungsfähigkeit anzunehmen ist, wie z. B. beim Gemeinschuldner; somit wäre diese Frage zunächst zu entscheiden und je nach dieser Entscheidung die Stellung des Konkursverwalters und der anderen hier in Betracht kommenden Personen zu beurteilen. Dem Konkursverwalter kann man jedenfalls die Parteieigenschaft nur dann zuerkennen, wenn man jeden rem in iudicium deducens als Partei ansieht, gleichgiltig, ob er nun in eigenem oder fremdem Namen handelt, was Oetker und Stegemann für die wirklichen Vertretungsverhältnisse ausschliessen wollen. Jedenfalls ist aus dem Parteibegriff Oetkers selbst jene Unterscheidung nicht zu entnehmen.

Aus dem Gesagten ergiebt sich schon, dass diese Definition unbrauchbar, weil zu unbestimmt ist; denn ihrem Wortlaut nach wären als Parteien auch solche anzusehen, welche bisher unbestritten als gesetzliche Vertreter gegolten haben und in fremdem

1) Oetker, Juristisches Litteraturblatt 1890, p. 189; Konkursrechtliche Grundbegriffe I, p. 317; Stegemann bei Busch 17, p. 357—358.

und nicht in eigenem Namen einen Prozess führen. Diese wollen Oetker und Stegemann ausschliessen, ohne ein hierauf sich beziehendes Merkmal (etwa in eigenem Namen) in ihre Definition aufzunehmen.

Um übrigens die Unbrauchbarkeit der Definition noch weiter darzulegen, muss hier näher auf die Ausführungen Oetkers und Stegemanns eingegangen werden; insbesondere sind die Konsequenzen, welche Stegemann zieht, zu erörtern. Da, wie bemerkt, Oetker wie Stegemann nicht jeden, der, thatsächlich rem in iudicium deduciert, als Partei betrachten wollen, so sind sie genötigt, für die Fälle, in welchen die Parteistellung streitig sein kann, insbesondere insoweit als Anspruchssubjekt und Prozesssubjekt nicht identisch sind, bestimmte Kategorien aufzustellen, welche sämtliche Fälle, in welchen Anspruchs- und Prozesssubjekt nicht identisch sind, enthalten sollen, wobei dann allerdings jeder Zweifel in Wegfall käme, ob im einzelnen Fall Partei- oder Vertreterstellung vorliegt. Wenn einer Person die Parteistellung zuzuerkennen ist, obgleich sie einen fremden Anspruch geltend macht, so soll dies beruhen entweder auf einem Recht an Rechten des andern (Pfandrecht, Niessbrauchsrecht an einer Forderung, Recht des Vaters, des Ehemanns am Adventicienvermögen, am Frauengut) oder auf Amtsgewalt oder auf Rücksichten prozessualer Zweckmässigkeit.

Im Anschluss an diese Ansicht Oetkers untersucht Stegemann die prozessualische Stellung des Forderungspfandgläubigers und Niessbrauchers einer Forderung, welche die fremde Forderung einklagen, des Ehemanns und des Hausvaters in den Prozessen über das in ihrer Verwaltung befindliche Vermögen der Ehefrau und des grossjährigen Haussohns, des Konkursverwalters in Prozessen, die sich auf die Konkursmasse beziehen, des Zwangsverwalters und des Sequesters und schliesslich des Cedenten einer litigiösen Forderung im Fall des § 236 C.-P.-O. und des Auctors im Fall des § 73 C.-P.-O. In allen diesen Fällen kommt er zu dem Ergebnis, dass in den ersteren Fällen der Forderungspfandgläubiger und der Niessbraucher einer Forderung, der Ehemann und der Hausvater nicht Subjekt der res in iudicium deducta, somit

nicht Partei nach dem herrschenden Parteibegriff seien, dass man auch nicht davon reden könne, dass diese Personen gesetzliche Vertreter des Pfandschuldners und des Gläubigers der zum Niessbrauch überlassenen Forderung, der Ehefrau und des grossjährigen Haussohnes seien, da diese alle prozessfähig seien und eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen, wie sie Wach und Planck behaupte, nicht anzunehmen sei. Der Konkursverwalter, Zwangsverwalter und Sequester seien aus dem eben genannten Grunde ebenfalls nicht gesetzliche Vertreter, nach der herrschenden Meinung aber seien der Cridar, der zu exequierende Schuldner und der die Exekution betreibende Gläubiger Subjekte der res in iudicium deducta. Welche Stellung bliebe dann den erstgenannten Personen übrig? Subjekt der res in iudicium deducta sei nach der Cession der Forderung im Fall des § 236 der C.-P.-O. nicht mehr der Cedent, sondern der Cessionar, dem Cedenten bleibe im Prozess nur noch die Stellung eines gesetzlichen Vertreters übrig. Diese Annahme verbiete sich aber aus dem Grund, weil der Cessionar prozessfähig sei. Bei der laudatio auctoris sei Subjekt der res in iudicium deducta der ausgeschiedene Dritte nicht der Auktor, und letzterer sei auch nicht gesetzlicher Vertreter aus dem schon genannten Grunde.

Es ist daher nach Stegemann erforderlich eine Revision des herrschenden Parteibegriffs und zwar in dem von Oetker vorgeschlagenen Sinn. Allen genannten Personen vindiziert Stegemann die Rolle der Partei auf Grund des von jenem aufgestellten Parteibegriffs. Die Wirkungen der Parteistellung sollen aber nun nicht unbedingt diejenigen Personen treffen, welche Stegemann Parteien nennt; er macht einen Unterschied zwischen den Wirkungen auf dem materiellrechtlichen und dem prozessualen Gebiet. Die ersteren sollen nur die Anspruchssubjekte, dagegen nicht die Prozessparteien treffen, da das materielle Recht bei seinen Vorschriften unterstelle, dass die Prozessparteien Subjekte der res in iudicium deducta seien. Die Rechtskraft des Urteils beschränke sich auf dieselben, die Einreden der Rechtshängigkeit, der Rechtskraft, die den Anspruch beeinflussenden Exceptionen (z. B. Compensations-Retentionseinreden) sollen nur den Anspruchssubjekten

zustehen. Anders soll es mit den letzteren sein: diese sollen nur den Deducenten und den, gegen welchen res deduciert wird, treffen, nicht die Anspruchssubjekte.

So sollen z. B. die Eidesgeschäfte zwischen den Parteien stattfinden, dagegen die Anspruchssubjekte als Zeugen vernommen werden können. Letzteres soll aber nur prinzipiell richtig sein und nur insoweit Anwendung finden, als es sich um prozessuale Wirkungen handelt, die ein Interesse des Deducenten voraussetzen, denn die Bestimmungen der C.-P.-O. sollen häufig nur auf „Parteien mit selbstischem Interesse" Anwendung finden.[1]) So sei die Bestimmung des § 41 Ziff. 3 C.-P.-O. über die gesetzliche Ausschliessung des Richters von der Ausübung des Richteramtes nur dann zu verstehen, wenn man davon ausgehe, dass die Partei selbst interessiert sei am Ausgang des Rechtsstreits. Umgekehrt sei der Staatsanwalt, wenn er im Ehe- und Entmündigungsverfahren Partei sei, von der Kostenpflicht befreit, weil er ohne selbstisches Interesse sei. Diese liege vielmehr der Staatskasse ob. Die Kostenpflicht, obwohl dem Prozessrecht entstammend, treffe daher nur die Partei mit selbstischem Interesse, also z. B. den Hausvater in Adventicienprozessen, nicht aber den Konkursverwalter. Eine Ausnahme sei zu statuieren für die Fälle der §§ 236, 73 C.-P.-O. kraft Gesetzes. Indem das Gesetz das Urteil gegenüber dem Veräusserer und Erwerber, dem Auktor und ursprünglichen Verklagten für wirksam und vollstreckbar erkläre, bestimme es, dass auch die exceptio rei iudicatae für und gegen den Veräusserer und Erwerber wie den Auktor und den ursprünglichen Beklagten anwendbar sei. Da diese Bestimmung Wirksamkeit des Urteils für den Erwerber resp. den ursprünglichen Beklagten nur in der Hauptsache anordne, so habe dagegen die Kostenpflicht nur den Veräusserer und den Auktor zu treffen.

Auch bezüglich der übrigen materiellrechtlichen Einreden gelte hier nicht die genannte Regel, da der Veräusserer einerseits Einreden aus seiner Person (also auch noch nach der Veräusserung, wenn er nicht mehr Anspruchssubjekt sei) geltend machen

1) Auch diese Ansicht ist im Anschluss an Oetker a. a. O., p. 189, aufgestellt.

könne, andererseits aber Einreden aus der Person des Erwerbers (also aus dem nunmehrigen Anspruchssubjekte) nur insofern, als deren Grundlage nach der Veräusserung entstanden sei.

Die Zwangsvollstreckung werde bewirkt von der obsiegenden Prozesspartei für und gegen die Anspruchssubjekte und zwar werde sie gegen die letzteren dadurch ermöglicht, dass das Verfahren der §§ 665—667 C.-P.-O. anzuwenden sei. Diese Bestimmungen seien nämlich nicht auf den Fall der Rechtsnachfolge zu beschränken, sondern enthalten das „Prinzip, dass die C.-P.-O. für oder gegen alle Personen, welche im Urteil nicht namentlich bezeichnet sind, jedoch von dessen Rechtskraft betroffen werden, den Weg des § 665 C.-P.-O. eröffne, um dem Erfordernis des § 671 Genüge zu leisten". Alle diese Ergebnisse aber seien der Ausfluss eines höheren Prinzips, nach welchem die subjektiven Beziehungen des Prozessrechtsverhältnisses unabhängig seien von denen des materiellen Anspruchsverhältnisses.

In diesen Ausführungen sind zum Teil wichtige prozessuale Grundsätze verletzt.

Vor allem ist nicht ersichtlich, weshalb gerade der Begriff „Partei" einer Revision bedürfen soll und nicht etwa der der gesetzlichen Vertretung, wenn letzterer nach der herrschenden Ansicht auf die erwähnten Fälle nicht anwendbar ist.

Untersucht man die drei Gründe, welche die Befugnis geben sollen, „einen einem Dritten zustehenden Anspruch unabhängig von dessen Willen nach eigener Entschliessungsmacht prozessualisch geltend zu machen" im Einzelnen, so sind die Fälle, in welchen diese Befugnis auf einem an dem geltend gemachten Anspruch bestehenden Rechte beruhen soll, schon oben im § 3 erörtert. Es hat sich hiebei gezeigt, dass die Definition der Partei als des behaupteten Subjekts der res in iudicium deducta zwar zu eng ist, die Definition der Partei aber als des Prozesssubjekts, auf dessen Namen und Rechnung der Prozess geführt wird, völlig zutrifft, dass man mithin nicht nötig hat, so weit wie Oetker und Stegemann zu gehen und einen neuen Parteibegriff aufzustellen. Was den zweiten Grund der bezeichneten Befugnis angeht, die Amtsgewalt, so ist unverständlich, warum nur in den

von Oetker und Stegemann angeführten Fällen, z. B. des Konkursverwalters u. s. w.[1]) das Amt die Befugnis geben soll, nicht aber in anderen Fällen, z. B. nicht dem Vormund oder den den Fiskus vertretenden Behörden, denen doch jedenfalls Amtsgewalt zukommt. Man muss hier durchaus Levy beipflichten, der bemerkt:[2]) „Wenn das Amt nicht die Kraft hat, den für sein Mündel prozessführenden Vormund zur Partei zu machen, warum soll es hiezu beim Konkursverwalter, Sequester imstande sein? Dass das Amt in dem einen Fall nur das Recht verleihe, im fremden Namen zu klagen oder beklagt zu werden, in dem anderen aber selbständig aufzutreten, hat der Verfasser nicht zu beweisen vermocht; er setzt als feststehend voraus, was noch zu beweisen ist.“

Zudem kann man doch nicht sagen, dass der Testamentsvollstrecker, den Stegemann gleichfalls in dieser Kategorie erwähnt, ein Amt bekleide oder dass dies stets beim Sequester der Fall sei.[3]) Denn als Amt will Stegemann eine jenen Personen verliehene Stellung mit genau abgegrenztem Rechtsinhalt, die ihnen von einer öffentlichen Behörde nach Massgabe des Gesetzes angewiesen wird, gemäss dem öffentlichen Charakter dieser Stellung, definieren. Es ergiebt sich also, dass nach Stegemann der Inhaber eines Amtes das einemal selbständig als klagend auftreten darf, das anderemal nicht und ein weiteres Kriterium dafür, dass das eine oder andere zutrifft, nirgends angegeben wird. In den Fällen, in denen den betreffenden Personen kein Amt zusteht, wie dem Sequester, welcher auf Grund Vertrags aufgestellt ist, fehlt es vollständig an einem Grund, der ihn berechtigen würde, einen fremden Anspruch geltend zu machen.

1) Nach Oetker klagt in der Person des Verwalters das Konkursverwalteramt, nicht klagt etwa der Konkursverwalter als Privatperson.

2) In Gruchot's Beiträgen 37, p. 175.

3) Geschieht die Sequestation freiwillig durch die Beteiligten auf Grund einer Vereinbarung, so trifft die gleich zu erwähnende Begriffsbestimmung des Amtes gewiss nicht zu. Der Sequester, der Verwaltungsbefugnisse hat, hat keine andere Stelle, als die eines Mandatars. Er ist Vertreter, nicht Herr des Geschäfts, mag er Rechtsgeschäfte abschliessen oder Prozesse führen. Vgl. Dernburg, Pand. II, § 92 [2].

Es ist daher die Parteistellung dieser Personen von vornherein zu verwerfen. Denn wenn nicht jeder Amtsinhaber, welcher klagt oder verklagt wird, als Partei anzusehen ist, so ist das „Amt“ überhaupt kein Kriterium mehr für die Parteistellung. Die Parteistellung dieser Personen nachzuweisen, ist also Stegemann nicht gelungen; welche Stellung sie wirklich einnehmen, soll weiter unten dargelegt werden.

Schliesslich wenden wir uns zu den Fällen der §§ 236 und 73 C.-P.-O. Dass in diesen die Definition der Partei als des Subjekts der res in iudicium deducta nicht zutrifft, wohl aber die des „Prozesssubjekts, auf dessen Namen und Rechnung der Prozess geführt wird“, ist schon oben nachgewiesen. Da nun unsere Definition für die von Stegemann in der ersten und dritten Gruppe genannten Personen völlig zutrifft, den in der zweiten Gruppe genannten Personen Stegemann aber nicht die Parteistellung im Prozess verschafft hat, die ihnen überhaupt nicht zukommt, so ist damit dargethan, dass die ältere und richtigere Definition nicht durch die Oetkers und Stegemanns ersetzt zu werden braucht. Dass jene viel genauer und bestimmter ist, als diese leuchtet auch auf den ersten Blick ein. Besonders auffallend ist aber nun, dass die Wirkungen der Parteistellung nicht die Parteien unbedingt, sondern teilweise nur die Anspruchssubjekte treffen sollen. So haben wir die merkwürdige Erscheinung, dass z. B., wenn ein Dritter gegen den Ehemann als den Verwalter und den Besitzer, des ehelichen Guts auf Herausgabe eines beweglichen Gegenstandes, welchen die Ehefrau in die Ehe gebracht hat, bei partikulärer Gütergemeinschaft klagt, die Rechtskraft des Urteils nur die Ehefrau als das Anspruchssubjekt trifft, und da der Ehemann durch das Urteil nicht verpflichtet wird zur Herausgabe, kann er diese nun auch ferner kraft seines dominierenden Verwaltungsrechts verhindern. Die Wirkung die man dadurch erreichen will, dass man gegen den Ehemann klagt, nämlich dass gerade er verpflichtet wird zur Herausgabe, tritt also nicht ein. Es ist nun nicht klar, wie der Kläger zu seinem Rechte kommen soll. Der in einem auf die bona adventicia regularia des grossjährigen Haussohnes bezüglichen Prozesse bereits rechtskräftig ver-

urteilte Hausvater kann von dem Dritten noch öfter mit demselben Anspruch belangt werden, ohne dass er die exceptio rei iudicatae geltend machen kann. Das kann nur der Haussohn. Wie überhaupt in solchem Fall ein Dritter (das Anspruchssubjekt), der sich gar nicht am Prozess beteiligt, eine Einrede vorbringen kann, hat Stegemann nicht angegeben. Nach dem oben aufgestellten Parteibegriff findet selbstverständlich der Satz, dass die Rechtskraft unter den Parteien wirke, in der Weise Anwendung, dass derjenige, welcher im eigenen Namen einen auf den Anspruch eines Dritten bezüglichen Prozess führt, sich der exceptio rei iudicatae bedienen kann, sofern der nämliche Anspruch geltend gemacht wird und derselbe Gegner gegenübersteht. Dagegen verschafft ein solches Urteil regelmässig nicht für und gegen den Dritten Rechtskraft, über dessen Anspruch im Prozess gestritten wurde. Das Subjekt des Anspruchs kann sich weder auf ein solches Urteil berufen, noch kann ihm ein solches entgegengestellt werden. Ebenso ist es mit der Vollstreckbarkeit des Urteils: Vollstreckbar ist das gegen eine Partei ergangene Urteil gegen sie und ihre Rechtsnachfolger nach Massgabe des § 665 C.-P.-O.

Noch bedenklicher ist die Unterscheidung zwischen Parteien mit selbstischem Interesse und ohne selbstisches Interesse. Da der in der C.-P.-O. gebrauchte Begriff der Partei im engeren Sinn es rechtfertigen würde, den Konkursverwalter u. s. w. zu den Prozesskosten zu verurteilen, so soll diese Bestimmung nur auf die Partei mit selbstischem Interesse Anwendung finden, nämlich auf die in der ersten Gruppe genannten Personen, während für die der dritten Gruppe wieder besondere Grundsätze kraft Gesetzes gelten sollen.

Damit giebt Stegemann zu, dass der Parteibegriff der C.-P.-O. ein anderer ist, als der von ihm aufgestellte, Grund genug für ihn, seinen eigenen für unzutreffend zu halten! Wo also die Partei nicht in selbstischem Interesse handelt, soll die Prozesskostenpflicht nicht die Partei, sondern die Anspruchssubjekte treffen. Hiemit verstösst aber Stegemann gegen einen Fundamentalgrundsatz des Civilprozesses, wornach niemand ungehört zu verurteilen ist. Wenn zu Gunsten der Ansicht Stege-

mann s die Stellung des Staatsanwalts als Partei im Ehe- und Entmündigungsverfahren und die Verpflichtung der Staatskasse die Kosten zu tragen, wenn der Staatsanwalt unterliegt, sprechen soll, so erhebt sich zunächst die Frage, ob der Staatsanwalt wirklich Partei ist, ob vielmehr der Staat nicht selbst Partei im strengen Sinn ist. Giebt man dem Staatsanwalt Parteistellung, so ergiebt sich damit noch nicht die Richtigkeit der Ansicht Stegemanns, sondern nur, dass gemäss §§ 591, 614 C.-P.-O. ausnahmsweise eine dritte im Prozesse gar nicht befindliche Person die Kosten zu tragen hat, weil die Partei ohne persönliches Interesse am Rechtsstreit ist, vielmehr bei demselben das öffentliche Interesse vertritt. Es liegt hier ein so anomaler Fall vor, dass er keine Analogie in der gedachten Richtung verträgt. Dass schliesslich eine Interpretation der §§ 665—667 C.-P.-O. in der Art wie sie Stegemann versucht, unzulässig ist, bedarf wohl kaum einer Bemerkung. Denn die Ausnahmsfälle, die Stegemann für sich anführt (Einsetzung des Namens des einzelnen Gesellschafters in die Vollstreckungsklausel, wenn aus einem Urteil gegen die offene Handelsgesellschaft in das Privatvermögen derselben vollstreckt werden soll und der Fall des § 73 Ziff. 4 der C.-P.-O.), von denen der erste vielfach als unzulässig betrachtet wird, könnten doch gewiss nicht zu dem von Stegemann aufgestellten Prinzip führen. Alle diese Consequenzen lassen die Verwerfung des von Stegemann aufgestellten Parteibegriffs um so berechtigter erscheinen. Sowohl Petersen[1]) als Levy[2]), welche ausführlich auf diese Theorie eingehen, haben sich gegen dieselbe erklärt und in den neueren Commentaren wird sie allgemein verworfen.[3])

---

1) Bei Busch, Bd. 18, p. 1 ff. u. bei Gruchot, Bd. 36, p. 133 ff.

2) Bei Gruchot 37, p. 176.

3) Vgl. z. B. Wilmowski-Levy, Vorbem. vor § 50; Seuffert Vorbem. vor § 50, N. 3.

§ 5.

Parteibegriff und Vertretungsbegriff.

Wie wir gesehen haben, spielt bei den Ausführungen Stegemanns das Argument eine grosse Rolle, dass in sämtlichen von ihm behandelten Fällen die Personen, welche den Anspruch im Prozess geltend machen, bezw. gegen welche er geltend gemacht wird, nach der herrschenden Ansicht nicht Parteien sein können, da sie nicht Anspruchssubjekte seien; aber auch nicht gesetzliche Vertreter, da die Anspruchssubjekte nicht prozessunfähig seien. Dass ersteres kein Grund ist, die Parteieigenschaft zu verneinen, ist bereits ausgeführt. Auch ist bezüglich der von Stegemann in seiner ersten und dritten Kategorie aufgeführten Personen dargethan, dass sie Parteien im Prozess seien, wenn sie einen Anspruch geltend machen, bezw. ein Anspruch gegen sie geltend gemacht wird. Wie steht es mit den in der zweiten Kategorie genannten Personen, dem Konkursverwalter u. s. w.? Ist es ausgeschlossen, dass sie im Prozess Vertreter sind? Dann müsste man ihnen allerdings die Parteieigenschaft zuerkennen. Ein gesetzliches Vertretungsverhältnis liegt nach der im vorigen § erörterten Ansicht Oetkers und Stegemanns dann vor, wenn einem handlungsunfähigen Rechtssubjekt der Rechtsgenuss durch Rechtshandlung eines andern nach Rechtsvorschrift vermittelt wird. Diese Ansicht, nach welcher eine gesetzliche Vertretung Handlungsfähiger ausgeschlossen wäre, kann nicht als richtig gelten. Ein Abwesender z. B., dem nach bürgerlichem Recht ein Abwesenheitspfleger bestellt wird, verliert damit niemals seine Verfügungsfähigkeit, so dass seine während seiner Abwesenheit getroffenen Verfügungen als ungiltig anzusehen wären. Dies wird wohl kaum bestritten werden. Allein die Vertreter jener Ansicht haben in erster Linie die Handlungsfähigkeit im Prozess, d. h. die Prozessfähigkeit im Auge und behaupten, auf Grund des § 50 C.-P.-O., die C.-P.-O. verstehe unter gesetzlicher Vertretung die Vertretung nicht prozessfähiger Personen. Der § 50 C.-P.-O. spricht nun allerdings nur von der Vertretung nicht prozessfähiger Personen. Allein in andern Vorschriften ist im Gesetz nur vom

„gesetzlichen Vertreter“ (vgl. § 54 C.-P.-O.) oder gar nur vom „Vertreter“ (§ 455 C.-P.-O.) die Rede, wo es sich zweifellos um gesetzliche Vertreter auch einer prozessfähigen Person handelt. Eine ausdrückliche Bestimmung besitzt die C.-P.-O. nicht. Es ist denn auch von den bedeutendsten Schriftstellern wie Wach und Planck jene Auslegung des § 50 C.-P.-O. verworfen und eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen angenommen worden: aus dem Recht, welchem die betreffende Partei angehöre, sei zu entnehmen, in welchen Fällen das Gesetz der Partei einen Vertreter bestelle. Diese Lösung der Frage wird man um so mehr als die richtige anerkennen, als auf diese Weise grösseren Schwierigkeiten von vornherein vorgebeugt wird. Man käme sonst zu dem sonderbaren Resultat, dass Personen, welche nach dem bürgerlichen Recht als gesetzliche Vertreter aufgestellt sind, ausserhalb des Prozesses, also z. B. soweit es sich um Abschliessung von Rechtsgeschäften handelt, als gesetzliche Vertreter zu betrachten sind, aber nicht, wenn sie im Prozess auftreten, man müsste denn den von Fuchs[1]) eingeschlagenen Mittelweg acceptieren, jene Personen seien zwar als Stellvertreter zu betrachten, aber nicht als gesetzliche Vertreter i. S. der C.-P.-O.

Es ist daher eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen zu statuieren. Unter „gesetzlicher Vertretung“ selbst aber ist begriffsmässig zu verstehen jedes rechtlich erhebliche Handeln, welches an Stelle eines andern, den es angeht, und mit unmittelbarer Rechtswirkung für denselben, von einem durch Gesetz, nicht den Willen jenes andern hiezu Berufenen vorgenommen wird.

Ob die Vertretungsmacht unmittelbar auf Gesetz oder auf obrigkeitlicher Bestellung u. s. w. beruht, ist gleichgiltig.[2]) Nicht notwendig ist ferner, dass die Bestellung des Vertreters gerade

1) Bei Gruchot 38, p. 241.

2) Wenn daher der R.-G. J. W. p. 240 (1888), S.-A. 43, 465 den Testamentsvollstrecker überhaupt nicht als gesetzlichen Vertreter anerkennt, weil seine Vertretungsbefugnis nicht unmittelbar auf Gesetz beruht, so ist dies unrichtig. Auch steht diese Auffassung im Widerspruch mit der des R.-G. in E. 17, 68 ff.

im Interesse des Vertretenen erfolgt.[1]) So z. B. ist in § 55 C.-P.-O. die Bestellung eines besonderen Vertreters im Interesse des Klägers angeordnet. Es kann auch das Vermögen einer Person im öffentlichen Interesse oder in dem Interesse der Staatskasse beschlagnahmt werden, wie dies in § 334 St.-P.-O. festgesetzt ist. Handeln mit Rechtswirkung für einen andern allein bedingt dagegen nicht Stellvertretung.

Ob nun nach dem eben gegebenen Begriff einer Reihe von Personen, welche zum grossen Teil mit den von Stegemann in seiner zweiten Kategorie von Fällen erwähnten identisch sind, oder eine ähnliche Stellung im Prozess einnehmen, die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zukommt, soll im folgenden untersucht werden. Müsste es verneint werden, so würde diesen Personen die Parteistellung eingeräumt werden müssen. Bemerkt wird, dass die bestrittene Frage nach der Stellung des Konkursverwalters der Übersichtlichkeit halber in selbständiger, nicht durch den Zusammenhang der Frage mit dem Parteibegriff bedingter Darstellung erfolgen wird.

I.

Die Stellung des Konkursverwalters im Prozess.

Die Schriftsteller, welche sich mit der Frage der Stellung des Konkursverwalters beschäftigen, können in zwei Gruppen geschieden werden

1) in solche, welche zunächst den Begriff der Partei erörtern und auf dieser Grundlage die Stellung des Konkursverwalters bestimmen wollen;
2) in solche, welche die Stellung des Konkursverwalters ohne Erörterung des Parteibegriffs bestimmen.

Zu den ersteren sind Oetker und Stegemann, Petersen und Thiele zu zählen, von welchen die beiden ersteren von dem bereits erwähnten Parteibegriff ausgehend zu der Ansicht gelangen, dass der Konkursverwalter Partei im Prozess sei; während die beiden anderen der hier vertretenen Ansicht bei-

1) Petersen bei Busch XVIII, p. 23.

pflichten, trotzdem aber bezüglich der Stellung des Konkursverwalters zu entgegengesetzten Resultaten gelangen.

Oetkers Theorie ist bereits oben dargelegt worden; seine Ausführungen bezüglich des Konkursverwalters sollen aber an dieser Stelle im Zusammenhang erörtert werden.

Von der Ansicht ausgehend, dass der Partei sei, wer rem in judicium deduciere bezw. contra rquem es in judicium deducitur, nennt er unter anderen Gründen, welche hiezu berechtigen, auch die Amtsobliegenheit, welche den Träger des Amtes ermächtigen könne, Ansprüche eines andern klageweise zu verfolgen, ohne dass er deshalb gesetzlicher Vertreter sei, wobei er den Konkursverwalter und den Sequester nennt. Andererseits giebt er zu, dass die gesetzliche Vertretung für den Vertreter eine Amtsobliegenheit bilden könne, wobei er Vormundschaft, Vertretung des Fiskus, des Landesherrn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten als Beispiele anführt. Das gesetzliche Vertretungsverhältnis setze aber stets ein handlungunfähiges Rechtssubjekt voraus; dagegen sei es sehr wohl möglich, dass Prozessunfähigkeit stattfinde, ohne dass gesetzliche Vertretung angeordnet werde. Die Amtsbefugnis könne durch Handlungsunfähigkeit bedingt sein, sie könne aber auch Handlungsunfähigkeit bedingen. Dem Konkursverwalter, dem „Masse-Konstituirungsorgan", werden im weiten Umfang Ansprüche des Cridars zur Verfügung gestellt, der Cridar sei prozessunfähig, soweit es der Konkurszweck erfordere. Seine Prozessunfähigkeit sei das wirksame Mittel, jede dem Konkurszweck zuwiderlaufende Prozessführung zu verhindern. In dem Konkursverwalter klage und werde verklagt das Konkursverwalter-Amt, nicht der Konkursverwalter als Privatperson. Der Oetker'schen Theorie hat sich, wie schon erwähnt, Stegemann angeschlossen.

Im Einzelnen sucht Oetker die Auffassung, dass es sich um ein Vertretungsverhältnis bei der Verwaltung des Konkursverwalters handle, damit ad absurdum zu führen, dass er hervorhebt, der Konkursverwalter müsse im Prozess seine Vertretungsbefugnis darthun, welche gemäss § 54 C.-P.-O. von Amtswegen zu prüfen sei. Zu diesem Zweck müsse der Konkursverwalter beweisen, dass das Streitobjekt zum Vermögen des Gemein-

schuldners gehöre. Durch die Bestallungsurkunde allein könne nicht seine Vertretungsbefugnis bewiesen werden. Somit müsse eine die materiellen Rechte angehörende Frage vorab entschieden werden, um die formelle Legitimation des Konkursverwalters zu prüfen. Auch könne der Beklagte eine prozesshindernde Einrede daraus entnehmen, dass der Streitgegenstand nicht der Zwangsvollstreckung unterliege, also nicht zur Konkursmasse gehöre.

Gegen diese Ansicht ist jedoch folgendes auszuführen: [1]) Zunächst ist zu verneinen, dass das Konkursverwalteramt klagt bezw. verklagt wird, nicht der Konkursverwalter. Das Konkursverwalteramt kann schon darum nicht Partei sein, weil dem Amt die Fähigkeit hiezu fehlt, nämlich die Fähigkeit Rechtssubjekt zu sein. Wenn ausnahmsweise dem Staatsanwalt die Parteirolle nicht für seine Person, sondern als Inhaber des Amtes durch ausdrückliche Bestimmung der Prozessordnung zugeteilt wird, so darf diese Ausnahme nicht verallgemeinert werden. Wenn Oetker das Amt als den Grund bezeichnet, welcher zur Verfolgung fremder Ansprüche berechtigt, so müsste auch dem Vormund die Parteistellung eingeräumt werden. Denn auch er übt die Fürsorge für die Person und das Vermögen des Mündels auf Grund eines Amtes. Wann ferner im einzelnen Fall die Handlungsunfähigkeit die Amtsbefugnis bedingt oder die Amtsbefugnis die Handlungsunfähigkeit bedingt, ist nicht ersichtlich.

Was über die Prüfung der Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters ausgeführt ist, ist gleichfalls nicht stichhaltig. Man müsste sonst auch von Vormündern und sonstigen Verwaltern fremden Vermögens bei der Prüfung ihrer Vertreterbefugnis gemäss § 54 C.-P.-O. verlangen, dass sie den Nachweis führen, der geltend gemachte Anspruch gehöre zu dem von ihnen verwalteten Vermögen, um ihre Legitimation im Prozess zu beweisen. Es genügt jedenfalls hier, wenn der Vormund — abgesehen von dem Nachweis seiner Eigenschaft als Vormund — behauptet, dass der Anspruch seinem Mündel zustehe. Seine Vertretungsbe-

---

1) Vgl. Petersen bei Gruchot 36, p. 133 ff., im sächsischen Archiv I, p. 6 ff., 27 ff., bei Busch 18, p. 8 ff.

fugnis hängt nicht ab von der Entscheidung der Frage, ob dies richtig oder unrichtig ist. Ist letzteres der Fall, so erfolgt eine Entscheidung in der Sache selbst, nicht blos eine Entscheidung über die Vertretungsbefugnis. Ganz ähnlich steht es mit der Prüfung der Prozesslegitimation des Konkursverwalters.

Auch hier ist nicht darzuthun, dass der geltend gemachte Anspruch dem Gemeinschuldner zustehe und zur Konkursmasse gehöre. Bei der Prüfung der Befugnisse des Konkursverwalters ist allein der Inhalt des Anspruchs, wie er erhoben ist, massgebend. Wenn nur der Anspruch, so wie er geltend gemacht wird, dem Gemeinschuldner zusteht und zur Konkursmasse gehört, so genügt dies; ein Nachweis, dass dies wirklich der Fall ist, ist zunächst nicht erforderlich. Ist die Behauptung, dass der Anspruch dem Gemeinschuldner zustehe, nicht richtig, so lag die Vertretungsbefugnis trotzdem vor, aber der geltend gemachte Anspruch wird abgewiesen, da er gar nicht dem Kridar zusteht, für den der Konkursverwalter den Anspruch geltend gemacht hat. Es ist auch die Behauptung Oetkers unrichtig, dass ein Beklagter, der auf Herausgabe einer Sache belangt werde, eine prozesshindernde Einrede aus der Thatsache entnehmen könne, dass der Streitgegenstand nicht der Zwangsvollstreckung unterliege. Der Konkursverwalter ist auch hier zur Prozessführung legitimiert, wenn er nur behauptet, dass die Sache zur Konkursmasse gehöre. Der Beklagte kann allerdings zur Sache selbst geltend machen, dass die Sache nicht zur Konkursmasse gehöre.

Aus der Thatsache, dass der Konkursverwalter seine Legitimation zum Prozess gemäss § 54 C.-P.-O. nachweisen muss, kann daher wohl nichts gegen die Vertretungstheorie entnommen werden; zumal auch dann, wenn man Oetkers Ansicht annimmt, dass die Berechtigung, einen fremden Anspruch geltend zu machen, auf einem Amt beruht, der Nachweis im Prozess dem Konkursverwalter nicht wohl erspart werden kann, dass ihm dies Amt zustehe.

Während nun Oetker es vor allem für notwendig hält einer Reform des bisherigen Parteibegriffs das Wort zu reden und von diesem Standpunkt aus die Parteistellung des Konkurs-

verwalters verteidigt, glaubt Thiele[1]) von dem bisher angenommenen Parteibegriff ausgehend die Parteistellung des Konkursverwalters begründen zu können; er bezeichnet als Parteien diejenigen, in deren Namen und für deren Rechnung ein Prozess geführt wird bezw. als die Personen, welche das streitige Recht im Prozess für sich verfolgen oder ablehnen.

Er hält es für die Parteieigenschaft des Gemeinschuldners nicht für entscheidend, dass derselbe Eigentümer des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens bleibt. Ihm werde die Klage nicht zugestellt; er habe keinerlei Einwirkungen auf den Prozess, könne in Bezug auf die Konkursmasse keine Rechtshandlungen mit verbindlicher Kraft vornehmen, er verfolge keinen Anspruch für sich, lehne keine Verpflichtung von sich ab, vielmehr der Konkursverwalter verfolge den Anspruch und lehne ihn ab zum Zweck der Versilberung der Masse. Unter diesen Umständen dem Gemeinschuldner Parteieigenschaft zuerkennen zu wollen, heisse den gegebenen Parteibegriff über den Haufen werfen. Übrigens sei auch in den Motiven zur Konkursordnung diese Ansicht niedergelegt, sie sagen: „Er (der Gemeinschuldner) hat aufgehört Partei zu sein, er kann mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter weder ein Geständnis ablegen, noch einen Parteieid annehmen, weder denselben zurückschieben noch ableisten."

Ebenso heisse es in den Motiven an anderer Stelle, dass der Gemeinschuldner in diesen Prozessen keine Parteirolle habe. Auch sei der Konkursverwalter nicht der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger, und zwar ersteres nicht, jedenfalls nach der Prozessordnung, da der Gemeinschuldner nicht prozessunfähig sei und im übrigen der Konkursverwalter Rechte geltend mache, die dem Gemeinschuldner nicht zustehen, wie z. B. in den Anfechtungsprozessen, letzteres nicht, weil er zwar deren Interesse vertrete, aber nicht an Stelle der Konkursgläubiger handle. Der Konkursverwalter sei vielmehr ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die

1) Im Civ.-Arch. 82, p. 31 ff.

Durchführung der Zwecke des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnehme und nicht in stellvertretender Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners, sondern in Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen handle. Eine Verwaltung fremder Angelegenheiten, bei welcher eine Einwirkung derjenigen Personen, deren Vermögen verwaltet werde, ausgeschlossen, vielmehr der Wille des Verwalters allein massgebend sei, lasse den Verwalter als Partei erscheinen. Hiebei stehe man auch im Einklang mit den Motiven zur K.- O., welche sagen, nur der Konkursverwalter könne die Prozesse für die Konkursmasse führen und nur er könne, wenn solche schon anhängig seien, als Partei in dieselben eintreten.

Allein bei genauer Betrachtung zeigt sich sofort,[1]) dass diese Begründung der Stellung des Konkursverwalters nicht im Einklang mit dem vorausgeschickten Parteibegriff steht. Der Umstand, dass der Cridar Eigentümer des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens bleibt, ist allerdings für sich allein für seine Parteieigenschaft in allen Prozessen nicht entscheidend.

Dagegen lässt sich aus der Zustellung der Klage an den Konkursverwalter nichts gegen die Parteistellung des Cridars entnehmen, denn diese muss an den Konkursverwalter erfolgen, sei es nun, dass man der Ansicht ist, der Cridar sei ganz oder partiell prozessunfähig oder annimmt, es liege hier ausnahmsweise eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen vor, in letzterem Fall unter analoger Anwendung des § 157 C.- P.- O. Ebenso wenig spricht der Umstand, dass Rechtshandlungen in Beziehung auf die Konkursmasse von dem Cridar nicht mit rechtsverbindlicher Kraft vorgenommen werden können, wenn man den gegebenen Parteibegriff zu Grunde legt, gegen die Annahme der Parteieigenschaft des Cridars. Richtig ist ferner, dass der Konkursverwalter bei Ausübung seiner Befugnisse vom Gemeinschuldner unabhängig ist, dergestalt, dass demselben keine Einwirkung

1) Vgl. Fuchs bei Gruchot 38, pag. 585.

auf die Konkursmasse zusteht. Allein hieraus ist nichts gegen seine Vertreterstellung zu entnehmen. Auch der Vormund ist in keiner Weise von den Weisungen des Mündels abhängig und doch gilt er allgemein als Vertreter desselben, und ebensowenig spricht dieser Umstand gegen die Annahme der Parteieigenschaft des Cridars, da das Criterium der Parteieigenschaft das ist, dass im Namen und für Rechnung einer Person der Prozess geführt wird bezw. diese Person das streitige Recht, für sich verfolgt oder von sich ablehnt. Der Gemeinschuldner verfolgt nun allerdings nicht für sich selbst sein Recht, sondern der Konkursverwalter verfolgt das Recht für ihn bezw. lehnt das vom Gegner verfolgte Recht von ihm ab. Denn der Gemeinschuldner ist, vor wie nach der Konkurseröffnung, Eigentümer der Gegenstände der Konkursmasse, Subjekt der Forderungsrechte und Verbindlichkeiten, und wenn der Konkursverwalter diese Rechte verfolgt, so verfolgt er sie für den Berechtigten, den Inhaber der Rechte, nicht kraft eigenen Rechts, sondern als Vertreter. Es ist daher ganz richtig, dass der Konkursverwalter diese Rechte verfolgt und ablehnt zum Zweck der Versilberung der Masse. Um aber nach Thieles eigenem Parteibegriff hieraus eine Parteistellung des Konkursverwalters ableiten zu können, müsste er sie für sich verfolgen und von sich ableiten, was Thiele selbst von dem Konkursverwalter nicht behauptet.

Die Beweiskraft der von Thiele angeführten Motive ergiebt sich sofort, wenn man denselben die Motive zum Entwurf I von 1873 gegenüberstellt; wo gesagt ist: „Der Entwurf geht von der Ansicht aus, dass der Gemeinschuldner, dem die Verwaltung und Verfügung entzogen ist, von dem Gemeinverwalter vertreten wird.“ Was Thiele gegen die gesetzliche Vertretung des Konkursverwalters vorbringt, ist nicht ausschlaggebend. Er negiert die Prozessunfähigkeit des Cridars und nimmt weiter an, dass es im Prozess eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen nach der C.-P.-O. nicht gebe. Die eine wie die andere Behauptung ist, wie bekannt, sehr bestritten. Übrigens verwirft Thiele eine gesetzliche Vertretung des Gemeinschuldners nicht unbedingt, da er bemerkt, insofern der Gemeinschuldner

kraft gesetzlicher Bestimmung verpflichtet sei, die Handlungen des Konkursverwalters gegen sich gelten zu lassen, könne man von einer gesetzlichen Vertretung sprechen; unbedingt verwirft er diese Ansicht in anderen Beziehungen, von welchen er nur die Anfechtungsprozesse erwähnt.

Es fragt sich schliesslich, ob mit der Ansicht, der Konkursverwalter sei ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ, die Annahme nicht vereinbar ist, dass derselbe zugleich Vertreter des Gemeinschuldners sei. Man wird es bejahen dürfen. Es ist richtig, dass der Konkursverwalter in Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen handelt und jede Einwirkung des Gemeinschuldners auf die Konkursmasse ausgeschlossen ist. Die Verpflichtungen bestehen aber im wesentlichen darin, die Konkursmasse, welche das Vermögen des Gemeinschuldners ist, an dessen Stelle zu verwalten und zu verwerten. Zu diesem Zweck hat er die dem Cridar zustehenden Rechte auszuüben und seine Verpflichtungen zu erfüllen, sowie die Prozesse rücksichtlich des verwalteten Vermögens zu führen. Durch die Handlungen des Konkursverwalters wird der Cridar berechtigt und verpflichtet, was sich besonders nach Aufhebung des Konkursverfahrens zeigt. In Ausübung seiner Verpflichtungen als Organ des Konkursverfahrens hat der Konkursverwalter die Befugnisse, die dem Gemeinschuldner zustanden und nunmehr entzogen sind. Er handelt demnach in soweit an Stelle desselben und mit Rechtswirkung für denselben. Es ist damit dargethan, dass der Parteibegriff, welchen Thiele befürwortet, die Parteieigenschaft des Konkursverwalters nicht zu rechtfertigen vermag. Der Konkursverwalter ist vielmehr nach dem von uns oben aufgestellten Begriff der Stellvertretung als Stellvertreter zu betrachten.

Nicht zu leugnen ist jedoch, dass die Ansicht, der Konkursverwalter könne als ein amtliches im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ nicht eine Vertreterstellung einnehmen, weit verbreitet ist und immer mehr an Boden gewinnt. Ihr huldigen Fischer,[1])

1) Preussisches Privatrecht, p. 109 u. 176.

und Sarwey-Bossert,[1]) und auch das Reichsgericht hat sich derselben angeschlossen. Anderseits hat sich insbesondere Kohler gegen diese Ansicht erklärt.

Fischer betont besonders, dass die Aufgabe des Konkursverwalters nicht persönliche Vertretung sei. Die Durchführung des Verfahrens liege im öffentlichen Interesse, nicht im ausschliesslichen Interesse des Schuldners oder der Gläubiger. Allein dass der Konkursverwalter nicht das ausschliessliche Interesse des Vertretenen zu wahren hat, beweist nichts gegen dessen Vertreterstellung; denn wenn der Vollmachtgeber bei der Erteilung der Vollmacht die Vorschrift macht, dass beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder bei der Verwaltung eines Vermögenskomplexes das Interesse dritter Personen oder des Vertreters selbst beachtet werden müsse, so hindert das nicht, eine Vertreterstellung anzunehmen. Überhaupt ist nicht die Wahrung von Interessen des Vertretenen für die Stellvertretung wesentlich, sondern das Handeln an Stelle eines anderen, derart, dass die Handlungen, deren Vornahme dem Vertretenen zusteht, z. B. dem Inhaber der Forderungsrechte ein Dritter übernimmt, wie bereits dargelegt worden ist. Bei der Liquidierung des Vermögens und Befriedigung der Konkursgläubiger handelt es sich in erster Linie um Erledigung der Zwecke des Konkursverfahrens und es kann aus dieser Thätigkeit allein nicht auf die Stellung des Konkursverwalters geschlossen werden. Auch bei der Liquidation in den Artikeln 137, 141, 202, 245 H.-G.-B. haben übrigens die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren die Interessen der Gläubiger zu wahren, werden jedoch trotzdem als Vertreter der Gesellschaft angesehen. Dieser Grund, den auch Stegemann[2]) anführt, schlägt demnach nicht durch.

Während das Reichsgericht den Konkursverwalter früher als Vertreter des Gemeinschuldners mehrfach bezeichnete,[3]) später die Parteieigenschaft des Gemeinschuldners ausdrücklich ver-

2) Vgl. Comm. zu § 5, N. 4.

3) Bei Busch 17, p. 331.

4) Entscheidungen Band VI, p. 408. Juristische Wochenschrift von 1891, p. 11.

neint,[1]) und eine Vertretung der Konkursgläubiger durch den Konkursverwalter angenommen hatte, hat es neuerdings die Vertretungstheorien überhaupt zurückgewiesen, indem es ausführt,[2]) dass man in dem Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zwecks des Konkurses erblicken müsse, da er seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnehme; er handle nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger, denn seine Funktionen gehen über den Kreis der rechtlichen Befugnisse dieser hinaus, er handle auch nicht als Vertreter der Konkursmasse, die überhaupt kein Vermögenssubjekt, sondern nur ein der Verfügung des Konkursverwalters unterliegendes Vermögensobjekt bilde. Er handle lediglich kraft gesetzlichen Auftrags zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe.

Die Ansicht, dass der Konkursverwalter den Gemeinschuldner nicht vertrete, wird auf folgende Erwägungen gestützt. Wenn es sich um die Feststellung handle, ob es Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners seien als des Eigentümers der Konkursmasse, die der Konkursverwalter in dieser seiner Eigenschaft auszuüben oder zu erfüllen habe, so sei allerdings die eine Annahme, womit man diese Ansicht stütze, dass nämlich der Gemeinschuldner Eigentümer der Konkursmasse bleibe richtig, unrichtig aber die zweite Annahme, dass der § 5 der K.-O. dahin zu verstehen sei, dass das dem Gemeinschuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse vom Konkursverwalter in rechtlicher Vertretung des Gemeinschuldners ausgeübt werde. Denn der Wortlaut dieser Bestimmung enthalte nicht die Anordnung einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter in Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts. Der Konkursverwalter übe vielmehr seine Thätigkeit überhaupt nicht als Ausfluss eines ihm aus der Person des Gemeinschuldners übertragenen Rechts, sondern als eine ihm unbekümmert um die Person des Gemeinschuldners übertragene Pflicht. Ein den Ob-

1) E. VIII, p. 413.
2) E. XXIX, p. 29 ff.

liegenheiten des Konkursverwalters korrespondierender Pflichtenkreis sei aber in der Person des Gemeinschuldners weder vorher vorhanden gewesen noch durch die Konkurseröffnung neu entstanden. Nachdem weiter eine relative Handlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners verneint worden ist, wird darauf hingewiesen, dass dann nur noch übrig bleibe, der Ansicht Wilmowskis folgend den Konkursverwalter als einen gesetzlich bestellten Bevollmächtigten aufzufassen. Die Annahme einer solchen Zwangsvollmacht sei aber eine blosse Fiktion, die im Gesetz keine Stütze finde. Denn die Befugnis, das zur Konkursmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, sei dem Gemeinschuldner genommen und aus dem Gesetz sei nicht zu entnehmen, dass damit der Gemeinschuldner gesetzlich gezwungen sei, den Konkursverwalter in dieser Hinsicht zu einer Vertretung zu bevollmächtigen. Ausserdem könne diese Ansicht eine Reihe von Erscheinungen in der dem Konkursverwalter gesetzlich zugewiesenen Stellung nicht erklären, z. B. dass der Konkursverwalter Rechtshandlungen des Gemeinschuldners wegen Benachteiligung der Gläubiger als nichtig anfechten dürfe, wozu dem Gemeinschuldner selbst die Berechtigung fehle, dass er mit dem Gemeinschuldner über dessen etwaige Ansprüche auf die Masse Prozesse führen könne, dass er dem Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides zwingen dürfe u. s. w.

Schliesslich wird noch im Hinblick auf den dem Reichsgericht vorliegenden Fall, in welchem es sich um die Feststellung einer vom Kläger angemeldeten und vom Konkursverwalter bestrittenen Konkursforderung handelt, ausgeführt, dagegen dass in diesen Prozessen der Gemeinschuldner Partei sei, lasse sich ein Argument aus den rechtlichen Wirkungen der in ihnen ergehenden Urteile aus der Konkursordnung gewinnen. Denn die Konkursordnung lege den in diesen Prozessen ergehenden Urteilen die Wirkung der Rechtskraft gegen ihn nicht auch für sein nicht zur Konkursmasse gehörendes Vermögen bei, sondern thue dies nur ausnahmsweise für den Fall, dass der Gemeinschuldner die angemeldete Forderung seinerseits im Prüfungstermin nicht ausdrücklich bestritten habe (§ 152 K.-O.).

Mit ausdrücklicher Berufung auf dieses Reichsgerichtsurteil haben nun auch Struckmann-Koch[1]) neuerdings sich der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen.

Der Anschauung des Reichsgerichts liegt jedenfalls der Ötker'sche Parteibegriff zu Grunde; sie steht somit im Widerspruch mit der Entscheidung in Band VIII, p. 412, in welcher als Parteien bezeichnet sind die Subjekte des Rechtsstreits, d. h. diejenigen Personen, welche das streitige Recht für sich verfolgen oder von sich ablehnen. Ferner ist auch hier darauf hinzuweisen, dass mit der Zuweisung der Rolle eines im öffentlichen Interesse geschaffenen Organs an den Konkursverwalter die Annahme einer Vertreterstellung desselben sich vereinigen lässt und die Ausführungen gegen die letztere Ansicht nicht zu billigen sind. Geht man mit dem Reichsgericht davon aus, dass der Gemeinschuldner Eigentümer der Konkursmasse bleibe und dieser nur das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Masse verliere, so ist die notwendige Folge der letzteren Bestimmung, dass ein Dritter nunmehr Verwalter des gedachten Vermögens ist. Dass aber diese Verwaltungs- und Verfügungsrechte ihm nicht als eigene zukommen, sagt deutlich der § 5 K.-O. Denn sonst wäre es doch nahe gelegen, zu sagen: Das Verwaltungsrecht und das Verfügungsrecht geht auf den Konkursverwalter über. Dass nur von einer Ausübung dieser Rechte die Rede ist, weist darauf hin, dass es sich um eine Ausübung von Rechten an Stelle des Gemeinschuldners handelt. Wenn ferner der Konkursverwalter die Sachen, welche im Eigentum des Gemeinschuldners stehen und welche derselbe schon vor der Konkurseröffnung verkauft, aber noch nicht tradiert hat, tradiert, so übt er nur ein Recht aus, das regelmässig dem Eigentümer zusteht, nämlich das Recht, das Eigentum einer Sache an einen Dritten zu übertragen. Ebenso ist es, wenn er Sachen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung verkauft und tradiert. Macht er Forderungsrechte aus Verträgen, die von dem Gemeinschuldner abgeschlossen sind, geltend, so sind dies Forderungs-

1) Comm. N. 5 zu § 51.

rechte, die nach wie vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zustehen. Ebenso ist es, wenn es sich um Verträge handelt, die der Konkursverwalter in dieser Eigenschaft abgeschlossen hat, was sich am deutlichsten zeigt, wenn sich diese Verträge auf Gegenstände der Konkursmasse beziehen. Verpflichtungen, die der Gemeinschuldner eingegangen hat und die von dem Konkursverwalter erfüllt werden, sind nach wie vor der Konkurseröffnung Verpflichtungen des Gemeinschuldners, wie dies auch Verpflichtungen aus Verträgen des Konkursverwalters mit Dritten, welche er in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter abgeschlossen hat, sind. Werden nun Eigentumsrechte, Forderungsrechte des Gemeinschuldners im Prozess geltend gemacht, so sind es wiederum Rechte des Eigentümers u. s. w., die der Konkursverwalter in dieser seiner Eigenschaft ausübt.

Nimmt man keine Succession des Konkursverwalters in die Rechte des Gemeinschuldners an, so weist somit die Thatsache, dass der Konkursverwalter fremde Rechte an Stelle des Gemeinschuldners geltend macht, auf ein Stellvertretungsverhältnis hin. Wenn das Reichsgericht ferner auf die Motive verweist, nach welchen der Gesetzgeber die Frage nicht praejudicieren wollte, als wessen Vertreter der Konkursverwalter aufzufassen sei, so geht eben hieraus hervor, dass auch der Gesetzgeber dem Konkursverwalter eine Vertreterstellung zuerkannt hat. Auch die Ausführung, dass des Konkursverwalters Thätigkeit überhaupt nicht Ausfluss eines ihm aus der Person des Gemeinschuldners übertragenen Rechts, sondern eine vom Gesetz übertragene Pflicht sei, ist ganz richtig, sofern damit gesagt sein soll, dass ihm kein eigenes Recht zustehe, fremde Rechte geltend zu machen, aber sie schlägt nicht durch, da sie die Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses des Konkursverwalters nicht ausschliesst; denn wie der Vormund kann er in Ausübung seiner Pflichten stellvertretend fremde Rechte geltend machen. Dass sich nicht alle Erscheinungen in der dem Konkursverwalter gesetzlich zugewiesenen Stellung erklären lassen, spricht an und für sich noch nicht für die Ansicht des Reichsgerichts, weil dadurch nur die Frage berührt wird, bei welchen Handlungen der Konkursver-

walter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, bei welchen nicht. Abgesehen davon, dass die Ansicht verbreitet ist, dass bei den Anfechtungsprozessen der Konkursverwalter Vertreter der Konkursgläubiger sei, dass er auch hier in einem Vertretungsverhältnis sich befinde,[1]) mag kurz darauf hingewiesen werden, dass die Befugnis des Konkursverwalters, den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid zu zwingen, so wenig gegen die Vertreterstellung des Konkursverwalters spricht, als es gegen die Vertreterstellung des Vormunds spricht, wenn er das Vermögen des Entmündigten zwangsweise in Besitz nimmt. Denn die Befugnis, den Gemeinschuldner zum Offenbarungseid zu laden, ist das Mittel zur Inbesitznahme des Vermögens. Auch der Umstand, dass der Gemeinschuldner und Konkursverwalter als Kontrahenten eines Rechtsgeschäfts oder als Prozess gegen einander gegenüberstehen können, z. B. wenn der Gemeinschuldner seinen Anspruch auf die Mittel zu einem angemessenen Unterhalt seiner Familie aus der Konkursmasse gegen den Konkursverwalter geltend macht, kann nicht zur Verwerfung der Vertreterstellung des Konkursverwalters führen; er ist dadurch erklärt, dass der Konkursverwalter nicht allgemeiner Vertreter des Gemeinschuldners ist, sondern nur insoweit, als er Verwalter der Konkursmasse ist und dem Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen ist. Daraus ergiebt sich, dass der Gemeinschuldner Rechte geltend machen kann, die er auch nach der Konkurseröffnung ausüben kann, weil sie nicht zur Konkursmasse gehören. Der Konkursverwalter dagegen übt auch solchen Ansprüchen gegenüber die Rechte des Gemeinschuldners aus, wie er gemäss § 5 K.-O. als Verwalter der Konkursmasse berechtigt ist. „Da die Spaltung der Rechtsgeschäftsgebiete, bemerkt von Wilmowski, derselben Persönlichkeit gesetzlich gegeben ist, so dass

1) Auf die Frage, ob der Konkursverwalter bei einzelnen Handlungen nicht den Gemeinschuldner, sondern die Konkursgläubiger vertrete, kann hier nicht näher eingegangen werden. Mit der Widerlegung der Ansicht, dass der Konkursverwalter durchweg der Vertreter des Gemeinschuldners sei, ist jedenfalls nicht dargethan, dass er sich überhaupt nicht in einem Vertretungsverhältnis befinde.

für das eine Gebiet eine gesetzliche Vertretung eintritt, so bleibt diese auch in ihrem Charakter, wo die beiden Seiten derselben Persönlichkeit äusserlich in Collisionen kommen, welche unter ihnen zu lösen sind.“ Es sind dies allerdings Rechtsverhältnisse eigentümlicher Art, sie sind die Folge der Bildung eines Sondervermögens, welches der Verwaltung eines Dritten unterstellt ist. Was schliesslich die Negierung der Parteistellung des Cridars in den Prozessen zwecks Feststellung einer vom Gläubiger angemeldeten und vom Konkursverwalter bestrittenen Konkursforderung betrifft, so ist nach Ansicht des Reichsgerichts in der Festsetzung der Wirksamkeit der in diesen Prozessen ergehenden Urteile für das nicht zur Konkursmasse gehörende Vermögen des Gemeinschuldners eine Ausnahme zu erblicken, welche nur dann eintreten soll, wenn der Gemeinschuldner die Forderung nicht ausdrücklich bestreitet.

Allein, wenn man anerkennen muss, dass in allen übrigen Fällen, sei es nun, dass er zwar im Termin erscheint, aber nicht bestreitet oder überhaupt nicht erscheint, eine Verpflichtung des Gemeinschuldners infolge der Abgabe der Erklärung durch den Konkursverwalter entsteht, so wird man die erwähnte Bestimmung als eine Ausnahme ansehen müssen. Es ist denn auch anerkannt, dass in den in den §§ 8 und 9 K.-O. bezeichneten Prozessen das ergehende Urteil in Rechtskraft für und gegen den Gemeinschuldner erwächst. Dies müsste man auch für die Feststellungsprozesse annehmen, denn auch hier ist der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners. Nun besteht aber hier die ausdrückliche Ausnahmebestimmung des § 152 K.-O., wonach diese Wirkung nur dann eintreten soll, wenn er im Prüfungstermin nicht widersprochen hat. Ist der Konkursverwalter in den Feststellungsprozessen überhaupt nicht Vertreter des Gemeinschuldners, so ist die Bestimmung des § 152 K.-O. schwer zu erklären. Denn hat der Gemeinschuldner sein Widerspruchsrecht nicht geltend gemacht, so treffen die Wirkungen des Urteils eine Person, welche im Prozess gar nicht gehört worden ist. Liegt die Erklärung nicht viel näher, dass in diesen Fällen als die regelmässige Wirkung eines Urteils in den Feststellungspro-

zessen die Vollstreckbarkeit desselben gegen den Gemeinschuldner bestimmt worden ist, und zwar eben weil von einer Vertreterstellung des Konkursverwalters auszugehen ist, dass ferner das Wegfallen der Wirkung nur ausnahmsweise für den Fall des Bestreitens des Gemeinschuldners lediglich in dessen Interesse angeordnet ist?

Schliesslich sei noch die Ansicht Endemanns erwähnt,[1]) welcher annimmt, dass der Konkursverwalter der dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes gegebene Vertreter in der Ausübung der ihm entzogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis sei, der allerdings zugleich das Interesse der Gläubiger zu beachten habe, aber doch immer, selbst bei den Anfechtungsklagen, als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners erscheine. Trotzdem ist er der Ansicht, der Konkursverwalter sei in den die Konkursmasse betreffenden Aktiv- und Passivprozessen die eigentliche Partei, wie sonst der gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen Partei. Diese Ansicht ist unrichtig. Wenn der Gemeinschuldner Subjekt des die Konkursmasse bildenden Vermögens bleibt, so ist er Partei, und der Konkursverwalter hat, wenn er die rechtliche Stellung eines Vertreters des Gemeinschuldners hat, diese Stellung auch im Prozess.[2])

Während von den bisher genannten Schriftstellern und von dem Reichsgericht nach ausdrücklicher Verwerfung der Vertreterstellung des Konkursverwalters die Parteistellung des Konkursverwalters verteidigt wird, wird von einer zweiten Gruppe von Schriftstellern der Annahme der Stellvertretung des Konkursverwalters entgegengetreten, ohne dass zugleich die Parteistellung des Konkursverwalters behauptet und begründet würde. Gegen die Vertreterstellung werden zum grossen Teil die bereits genannten Gründe angeführt, auf welche jetzt nicht mehr näher einzugehen ist.

So wird von Henrici[3]) bemerkt, es könne keine Rede

1) Das deutsche Konkursverfahren, 1889, p. 214, vgl. m. p. 46.
2) Deybeck bei Grünhut, p. XVII. p. 361.
3) Sächsisches Archiv II, p. 30 ff.

davon sein, dass der Konkursverwalter zur persönlichen Vertretung des Gemeinschuldners berufen sei, wenn man auch jeden der durch Gesetz, Vertrag oder Testament zur Ausführung von Befugnissen an Stelle eines andern gesetzt sei, Stellvertreter nennen könne. Allein ein rechtlicher Unterschied zwischen Stellvertreter und persönlichem Vertreter ist nicht zu konstatieren. Eine Bedeutung hat diese Unterscheidung höchstens dadurch, dass die Vertretungsbefugnisse bei dem einen einen grösseren Umfang haben als beim andern, nicht aber dadurch, dass der Inhalt dieser Befugnisse der rechtlichen Bedeutung nach bei dem einen ein anderer ist, als beim andern. Auch die weitere Bemerkung Henricis, wenn auch der Gemeinschuldner Eigentümer der Konkursmasse bleibe, so sei doch das ihm verbliebene Recht, da ihm Nutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen sei, ohne jeden materiellen Inhalt und bedürfe deshalb keiner Vertretung, ist ungerechtfertigt. Dies ergiebt sich schon, wenn man einen Blick auf ähnliche Vertreterverhältnisse wirft. So ist das Recht des Bevormundeten, sowie desjenigen ohne Inhalt, welchem das Vermögen beschlagnahmt worden ist und es findet doch hier eine Vertretung statt. Wenn Henrici zu Gunsten seiner Ansicht ferner anführt, dass der Konkursverwalter weder bei Abschliessung von Rechtsgeschäften noch bei Führung von Prozessen im Namen des Gemeinschuldners und für ihn handle, denn alles, was er erwerbe, fliesse der Konkursmasse zu, welche den Gläubigern zur Befriedigung zu dienen habe, und die Verpflichtung, die der Konkursverwalter übernehme, belaste nur die Konkursmasse, nicht den Gemeinschuldner, so wird sich diese Behauptung nicht aufrecht erhalten lassen, wenn man der bereits erörterten Ansicht ist, dass die Konkursmasse im Eigentum des Gemeinschuldners steht, diesem daher der Erwerb zufällt und diesen die Verpflichtung trifft. Das Bedenken, das Henrici dagegen hat, dass der Gemeinschuldner wegen der Masseschulden in Anspruch genommen werden könne, ist nicht gerechtfertigt. Wie die während des Verfahrens von dem Konkursverwalter gemachten Erwerbungen der Masse zukommen, somit das Vermögen des Gemeinschuldners vermehren, so ist es billig und konsequent, dass die eingegangenen

Verpflichtungen den Gemeinschuldner treffen. Die weiteren Argumente, die Henrici gegen die Vertreterstellung des Konkursverwalters aus der Führung der Anfechtungsprozesse durch den Konkursverwalter und daraus, dass das Anerkenntnis des Konkursverwalters im Prüfungstermin in einem Fall unverbindlich ist und das Erkenntnis in den Prozessen gegen den Konkursverwalter zwecks Feststellung angemeldeter Forderungen weder für noch gegen den Gemeinschuldner rechtskräftig wird, entnimmt, sind nicht durchschlagend, wie bereits ausgeführt worden ist.

Die Betonung der amtlichen Stellung des Konkursverwalters und die Verwerfung einer Vertreterstellung desselben aus diesem Grunde findet sich auch bei Menzel[1]) und bei Wieding[2]), welch' letzterer den Konkursverwalter zwar als einen mittelbaren Vertreter anerkennt, aber wegen verschiedener Befugnisse desselben ihm die Stellung eines „Gehilfen des Gerichts" zubilligt.

Es bleibt noch übrig, nachzuweisen, dass der Konkursverwalter nach dem oben gegebenen Parteibegriff nicht Partei sein kann. Dazu wäre erforderlich

1) dass er die Prozesse bezüglich der Konkursmasse in eigenem Namen führt.

Es ist nun soviel klar und unbestritten, dass der Konkursverwalter fremde Rechte geltend macht, denn der Cridar bleibt Eigentümer des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens, er ist Eigentümer der Sachen, Inhaber der Forderungsrechte, Subjekt der Verpflichtungen; seine Eigentumsrechte werden vom Konkursverwalter geltend gemacht, seine Verpflichtungen von diesem erfüllt.

Auch wenn der Konkursverwalter neue Rechtsgeschäfte hinsichtlich der Konkursmasse abschliesst, handelt er für den Gemeinschuldner, berechtigt und verpflichtet diesen. Ausgeschlossen ist damit aber noch nicht, dass er Partei ist, dies würde dann zutreffen, wenn man sagen könnte, dass er kraft eigenen Rechts an dem fremden Vermögen diese zu demselben gehörenden Rechte

1) Anfechtungsrecht, p. 286 ff.
2) In von Holtzendorffs Encyklopädie II, p. 523.

geltend mache, da ihm an dem fremden Vermögen ein privates Recht zustehe. Das Konkursverwalteramt verleiht nun kein solches Recht, wie schon dargelegt worden ist. Das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters ist sehr verschieden von demjenigen des Ehemanns bezüglich des Vermögens der Ehefrau, er hat nur den obrigkeitlichen Auftrag auszuführen, das Vermögen des Gemeinschuldners zu versilbern, die Gläubiger zu befriedigen und zu diesem Zweck nimmt er das Vermögen des Gemeinschuldners in Besitz und Verwaltung.

Ganz unähnlich ist sein Verwaltungsrecht demjenigen des Ehemanns, insofern als es ihm jederzeit entzogen werden kann. Es ist somit unzulässig, anzunehmen, dass hier einer der Fälle vorliege, in welchem derjenige, welcher fremde Rechte geltend macht, trotzdem Partei ist. Dass für seine Stellung nach dem oben gegebenen Begriff der Stellvertretung deren Merkmale zutreffen, hat sich bei der bisherigen Erörterung gezeigt.

Es wäre weiter erforderlich:

2) dass er den Prozess auf eigene Rechnung führt.

In dieser Beziehung ist soviel klar, dass der Konkursverwalter den Prozess nicht auf seine Rechnung führt. Er hat nicht die gemäss § 81 und 86 G.-K.-G. zu zahlenden Kostenvorschüsse und Kosten aus seinem eigenen Vermögen zu entrichten. Nicht er hat im Fall des Unterliegens nach § 87 C.-P.-O. die Prozesskosten zu tragen. Aus der Konkursmasse vielmehr sind die Gebührenvorschüsse zu entrichten, von ihr die Prozesskosten zu tragen. (§ 52 I K.-O.) Die Konkursmasse ist aber Vermögen des Gemeinschuldners, dieser das Subjekt der zu ihr gehörenden Vermögensrechte; demnach ist es der Gemeinschuldner, für dessen Rechnung die Prozesse bezüglich der Konkursmasse geführt werden.

Das Resultat dieser Erörterungen ist somit, dass der Konkursverwalter nicht als Partei, sondern als Stellvertreter in den von ihm bezüglich der Konkursmasse zu führenden Prozesse zu betrachten ist.[1])

1) Zu weit würde es führen, dies auch bezüglich der einzelnen Prozesse,

II.

Andere Vermögensverwalter.

Auch bei diesen ist an dem Grundsatz festzuhalten, dass diejenigen Personen, welche ausserhalb des Prozesses als Vertreter Dritter zu betrachten sind, als solche auch im Prozesse zu gelten haben und nicht als Parteien. Es ist daher auch hier aus den schon angeführten Gründen die Ansicht von Endemann zurückzuweisen, welcher nicht nur dem Konkursverwalter, sondern auch den Verwaltern fremden Vermögens überhaupt in den Prozessen für die betreffende Vermögensmasse Parteistellung zuweist. Vermögensverwaltungen werden angeordnet, abgesehen von der Bevormundung wegen Minderjährigkeit, wegen Geisteskrankheit und Verschwendung, nach gemeinem Recht:

1) wegen dauernder Behinderung an eigener Vermögensverwaltung, durch Gebrechlichkeit (Vormundschaft für presthafte Personen, cura debilium personarum);
2) bei Unfähigkeit des Vaters oder Vormunds zu einzelnen Angelegenheiten (curator ad hoc);
3) für den Embryo (curator ventris);
4) in den Fällen der sogenannten Realcuratelen;

nach Reichsrecht ferner:

5) für den angeschuldigten Abwesenden, dessen Vermögen gemäss § 332 ff. St.-G.-B. beschlagnahmt ist, vgl. E. R.-G. XI, p. 188.

In den drei ersten Fällen und im fünften Fall handelt es sich ersichtlich um Vertretung einer Person, aber es ist auch nicht anders in den übrigen, von welchen die Verwaltung des

---

in denen der Konkursverwalter auftritt, nachzuweisen. Ausgeschlossen jedenfalls und unvereinbar mit der hier verteidigten Stellung des Konkursverwalters ist die Annahme, dass er wenigstens in einzelnen Prozessen, z. B. den Anfechtungsprozessen, als Partei auftrete. Vgl. A. S. Schultze, K.-R., p. 83 ff., 99 ff.

Vermögens eines Abwesenden, und der ruhenden Erbschaft [1]) hervorzuheben sind. Denn auch hier findet eine Vertretung von Personen statt, nur dass diese Personen ungewiss oder unbekannt sind. [2]) In den Prozessen, welche diese Personen rücksichtlich des von ihnen verwalteten Vermögens führen, sind sie gleichfalls Vertreter, nicht Parteien.

Grosse Schwierigkeiten macht jedoch der Umstand, dass die vertretene Person ungewiss oder unbekannt ist. Will man nicht dem Verwalter die Parteistellung zuerkennen, so bleibt nichts übrig als anzunehmen, dass auch unbestimmte und unbekannte Personen die Parteistellung einnehmen können. Eccius allerdings erklärt, [3]) ein Rechtsstreit ohne einen bestimmten parteifähigen Kläger sei undenkbar und hat dabei die Fälle des Sequesters, der einen Prozess für die noch unbestimmte Person desjenigen, der in dem Streit über die sequestrierte Sache siegen wird, führt und den Testamentsvollstrecker im Auge, der in einem Testament, welches einen Erben für einen zukünftigen Zeitpunkt bestimmt, ernannt, oder als Verwalter einer einzelnen Sache, die einem erst noch festzustellenden Legatar zukommen soll, aufgestellt ist. Allein es ist kein Grund vorhanden, die Parteistellung unbestimmter Personen zu leugnen.

Nimmt man doch heute auch an, dass Verträge mit unbestimmten Gläubigern in der Weise zu Stande kommen, dass ein Dritter statt des Gläubigers acceptiert. So kann auch die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit, die Bekanntschaft oder Unbekanntschaft einer Person für den Prozess keine solche Rolle spielen, dass ihr aus diesem Grunde die Parteirolle zu versagen wäre. Schwierigkeiten können allerdings dadurch entstehen, z. B. wenn es sich fragt, ob ein Richter von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist; wenn sich dies nachträglich herausstellt, so hat § 542 Ziff. 2 Anwendung zu finden.

Der Verwalter fremden Vermögens prozessiert für denjeni-

1) Nach verbreiteter Ansicht ist übrigens die hereditas jacens eine juristische Person und der Nachlasscurator deren gesetzlicher Vertreter.

2) Dernburg Pand. III, § 41; vgl. §§ 1909 ff. B. G.-B.

3) Bei Gruchot 33, p. 735.

gen, der einst Inhaber des Vermögens wird, er führt den Rechtsstreit für die Rechnung desjenigen, den es angeht.[1]) Man könnte allerdings einwenden, dass durch § 230 C.-P.-O. die Bestimmtheit der Partei verlangt werde, allein die Praxis begnügt sich in dieser Beziehung mit Wendungen wie die Nachlassmasse u. dgl.

Zudem finden wir auch in der C.-P.-O. das Beispiel einer Prozessführung gegen unbekannte Personen beim Verfahren zur Sicherung des Beweises.

In § 455 C.-P.-O. ist bestimmt, dass dieses Verfahren auch gegen einen unbekannten Gegner zulässig ist, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden ausser Stand sei, den Gegner zu bezeichnen und dem unbekannten Gegner kann dann zur Wahrnehmung seiner Rechte ein Vertreter bestellt werden. Es ist denn auch die Stellung des Nachlasscurators als eines gesetzlichen Vertreters im Prozess vielfach anerkannt.[2]) [3])

III.

Der Testamentsvollstrecker.

Während man von den bereits erwähnten Güterverwaltern sagen kann, dass sie fast allgemein mindestens ausserhalb des Prozesses als Vertreter angesehen werden, herrscht die grösste Meinungsverschiedenheit bezüglich der Stellung des Testamentsvollstreckers.[4]) Schon seine Stellung ausserhalb des Prozesses ist nicht unbestritten.

---

1) Vgl. Planck, Lehrbuch I, p. 210 f.; Deybeck bei Grünhut XVII, p. 361 f.

2) Vgl. die Litteratur bei Busch 18, p. 41 und Petersen, Comm. I, p. 118.

3) Die oben für das gemeine Recht erörterten Fälle nach den einzelnen partikulären Rechten zu untersuchen, würde zu weit führen. Den Partikularrechten gehören auch an die Bestimmungen über die Verwalter der zum Zwangsverkauf bestimmten Grundstücke und die Sequester von Grundstücken, deren Zwangsveräusserung unzulässig ist. Der Verwalter ist als Vertreter des Schuldners zu betrachten. Vgl. die bei Petersen, Comm. I, pag. 120, angeführte Litteratur; ferner auch das R.-G. v. 24. März 1897 über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, §§ 146 ff.

4) Zu bemerken ist, dass diese Stellung des Testamentsvollstreckers nicht

Von Hartmann wird die Ansicht vertreten, dass der Testamentsvollstrecker Inhaber eines eigenen erbschaftlichen Rechtes sei. [1]) Doch steht diese Ansicht immerhin vereinzelt da; es wird fast allgemein anerkannt, dass derselbe Vertreter ist; nur darüber, wen er vertritt, ist Streit.

Dernburg [2]) ist der Ansicht, dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass vertrete, welcher die Person des Erblassers in sich trage. Allein hienach würde man, da der Nachlass nach Dernburgs Ansicht nicht als juristische Person zu betrachten ist, zu der Vertretung einer nicht mehr existierenden Person gelangen. Vorzuziehen ist deshalb die andere Meinung, welche dahin geht, der Testamentsvollstrecker habe zwar seine Vollmacht vom Erblasser, besorge aber seine Geschäfte im Namen und als Stellvertreter der Erben. [3])

Auch die in den Entscheidungen des Reichsgerichts vertretenen Ansichten gehen weit auseinander. [4])

Was nun die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozess betrifft, so ist vorauszuschicken, dass seine Vertretungsbefugnis nicht eine unbeschränkte ist; er ist zu allen Klagen ermächtigt, die zur Ausführung der im Testament bezeichneten Aufgabe notwendig sind. Da er nun in erster Linie für den letzten Willen des Erblassers besorgt sein muss, hat er auch das Testament prozessualisch zu verteidigen, namentlich gegen Intestaterben. Da ihm ferner die Nachlassregulierung zukommt, so ist er befugt, die Masse zusammenzubringen, Nachlassobjekte zu vindicieren und Nachlassforderungen einzuklagen. Sehr bestritten dagegen ist, ob auch die Gläubiger und die Legatare gegen ihn als den bezüglich der Nachlasspassiva prozessualisch Legitimierten klagen können; von Dernburg wird dies bejaht. [5])

---

nach allen Gesetzgebungen dieselbe ist, in der vorliegenden Untersuchung wird das gemeine Recht zu Grunde gelegt. Vgl. auch die Litteratur bei Petersen I, p. 120.

1) Vgl. Verhandlungen des 21. Juristentages, Bd. I, S. 3 ff., 15 ff.

2) Pand. III, § 124.

3) Stobbe V, p. 275. Anm. 44 u. die dort cit.; vgl. auch B. G.-B. § 2197 ff.

4) Vgl. E. IX, 207 ff., XXV, p. 292, XXXII, p. 152.

5) Pand. III, § 125, vgl. B. G.-B., § 2213.

Teilt man die oben erwähnte Ansicht Hartmanns, so würde die Folge die Annahme der Parteistellung des Testamentvollstreckers in den von ihm als solchen geführten Prozessen zweifellos sein. Er würde in denselben nur die eigenen erbschaftlichen Rechte, deren Inhaber er ist, verfolgen und hätte demnach im Fall des Unterliegens die Prozesskosten zu tragen. Hiegegen ist jedoch von Levy[1]) zutreffend geltend gemacht, dass der Testamentsvollstrecker nicht schlechtweg als Partei betrachtet werden könne, dass es nicht angehe, ihn aus eigenen Mitteln die Gerichtskostenvorschüsse bestreiten und die Prozesskosten tragen zu lassen. Es wird daher von ihm der Vorschlag gemacht, ihn als Vertreter des Nachlasses, der als parteifähiges Zweckvermögen zu behandeln sei, anzusehen.

Nicht so weit wie Hartmann geht Kohler.[2]) Er glaubt, dass mit der Konstruktion des Testamentsvollstreckers als des Vertreters der Erben dem Gedanken des Instituts nicht entsprochen werde. Er sei mehr ein Vertreter des Erblassers, daher könne er auch auftreten, wenn die Person des Erben in Streit sei. Da aber die Vertretung einer nicht mehr existierenden Person nicht wohl anzunehmen ist, gelangt Kohler zu der Annahme, der Testamentvollstrecker sei als ein mit Rechtsmacht für dritte-Vermögen (der Erben) handelnde Person zu betrachten. Hienach würde ein Fall der von Kohler sog. Prozessstandschaft vorliegen. Der Testamentsvollstrecker macht in eigenem Namen einem Dritten zustehende Rechte geltend, aber auch auf eigene Rechnung; denn er muss für die Prozesskosten einstehen. Die Ausgleichung findet dann dadurch statt, dass ihm von Kohler das Recht zugebilligt wird, die Prozesskosten der Erbschaft in Rechnung zu stellen und sich aus derselben bezahlt zu machen.

Bevor diese Ansicht geprüft wird, ist es notwendig, auf die von Kohler aufgestellte Theorie der „Prozessstandschaft“ einzugehen.

Unter „Prozessstandschaft“[3]) — einem Rechtsinstitut, welches

1) In den Verhandlungen des 21. Juristen-Tages, Band III, p. 223 ff.

2) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 346 f.

3) Vgl. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 37, Grünhuts Zeitschr. XIV, p. 29; Jahrb. f. Dogm. Bd. 24, p. 319. 320.

übrigens weder die C.-P.-O. noch das materielle Recht kennt — versteht Kohler die Rechtsmacht, einen Prozess über fremdes Vermögen im eigenen Namen zu führen. Fälle solcher „Prozessstandschaft“ sollen vorliegen — abgesehen von dem oben genannten Fall des Testamentsvollstreckers und dem des Schiffskapitäns, der nach Massgabe der Art. 697, 764 des Handelsgesetzbuches bezüglich des Pfandrechts an Schiff oder Ladung als Beklagter behandelt wird, — wenn der Ehemann nach partikulären ehelichen Güterrechten über Vermögensstücke der Ehefrau frei disponieren kann oder ihm an denselben das Administrationsrecht zusteht und er auf Grund dieser Rechtsstellung die Prozesse führt, welche das Eigentum an diesem Vermögen betreffen, z. B. nach Preuss. L.-R. II, 1, § 247 über eingebrachte Mobilien oder der Hausvater über das reguläre Adventizgut des grossjährigen Haussohnes prozessiert oder des Interimswirt über das Bauerngut; ferner wenn jemand seinen Anspruch auf einen Dritten pendente lite übertragen hat und nach § 236 C.-P.-O. Partei bleibt oder der Intervenient gemäss § 73 C.-P.-O. Partei wird oder im Fall des § 237 C.-P.-O. in der Zwischenzeit die bisherige Partei solange „bis der civilistische Successor auch zum prozessualischen Successor wird,“ in ihrer Stellung verbleibt, endlich wenn die Gläubigerschaft im Konkurs als eine organisierte Genossenschaft für den Cridar auf Grund ihres Beschlagsrechts Prozesse führt[1]) und als „eine unvollkommene Art der Prozessstandschaft,“ wenn ein Nebenintervenient in dem Prozess der Hauptpartei beitritt, sofern seine prozessualischen Handlungen auf die Prozessstellung einer Partei einwirken.[2])[3])

Was nun die Prozessstandschaft des Testamentsvollstreckers — welche hier an erster Stelle abzuhandeln ist, betrifft — und damit dessen Parteistellung, so ist zunächst hervorzuheben, dass

---

1) Leitfaden § 22; Lehrbuch §§ 47. 48.

2) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 298, 299, 303, 319, 345; Jahrb. f. Dogm. Bd. XXIV, p. 196, insbes. 216, 219, 254 ff., 276, 319, 320.

3) Von einem weiteren Fall angeblicher „Prozesstandschaft“ wird in § 10 die Rede sein.

die Gründe, welche Kohler gegen die Vertreterstellung des Testamentvollstreckers anführt, nicht durchschlagend sind. Dass die Person des Erben im Streit ist, hindert sowenig eine Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers anzunehmen, als die Ungewissheit der Erben beim Nachlasskurator, und dass der Testamentsvollstrecker bei Vertretung der Erben die Instruktion des Erblassers genau zu beachten hat oder, wie Kohler sich ausdrückt, diesem und seinem Andenken vorzüglich Treue schuldig ist, hindert ebenfalls nicht, ihm die gedachte Stellung zuzuerkennen. Diese Gründe zwingen somit nicht, ein Handeln im eigenen Namen anzunehmen. Aber auch kein Prozessieren kraft eigener Rechtsmacht über fremdes Vermögen liegt vor. Nach Kohlers Auffassung muss das über das fremde Vermögen zustehende Verfügungsrecht ein freies sein, wenn Prozessstandschaft vorliegen soll. Das wird man aber vom Testamentsvollstrecker gerade nicht behaupten können; er ist überall an die Instruktion, die ihm im Testament seine Aufgabe vorzeichnet, gebunden. Auf Grund der Theorie der „Prozessstandschaft" kann somit die Parteistellung des Testamentsvollstreckers nicht aufrecht erhalten werden. Im Anschluss hieran mag es gestattet sein zu untersuchen, ob jene Theorie überhaupt sich halten lässt.

Was die Stellung des Schiffscapitäns in den Fällen der Art. 697, 764 Handelsgesetzbuchs anlangt, so ist die allgemeine und als zutreffend zu erachtende Ansicht die,[1]) dass dem Schiffer im allgemeinen eine Vertretungsbefugnis für den Reeder, wie auch für die Ladungsbeteiligten durch das Gesetz erteilt ist. In jenen Fällen ist die Stellung des Schiffers auch nicht anders aufzufassen: im Fall des Art. 697 ist der Schiffer als Vertreter des Reeders und der Ladungsbeteiligten anzusehen, gegen welchen der Gläubiger den Verkauf des verbodmeten Schiffs und der verbodmeten Ladung, sowie Überweisung der verbodmeten Fracht mittels Klage beantragt; im Fall des Art. 764 wird die Klage gegen ihn als Vertreter des Reeders gerichtet.

Somit ist die Parteistellung des Schiffers widergelegt: er

3) Vgl. Cosack, Lehrbuch d. Handelsrechts, §§ 33 II, 60.

ist Vertreter so gut wie der Testamentsvollstrecker und nicht Prozessführer im eigenen Namen kraft einer Rechtsmacht über fremdes Vermögen.

Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Aufstellung der Theorie wegen der übrigen Fälle gerechtfertigt erscheint. Dies ist zu verneinen.

Es ist bereits nachgewiesen, dass diese Fälle, soweit in denselben Anspruchs- und Prozesssubjekt nicht identisch sind, unter den oben aufgestellten Parteibegriff sich subsumieren lassen. Es fehlt, wenn jener Parteibegriff zu Grund gelegt wird, jede Veranlassung,[1]) im einzelnen Fall wieder zu unterscheiden, ob in demselben die Partei einen eigenen oder einen fremden Anspruch geltend macht, oder einen eigenen oder fremden Anspruch abwehrt, die Fälle, in welchen letzteres zutrifft, auszuscheiden und unter ein besonderes Rechtsinstitut die „Prozessstandschaft" einzugliedern. Dies wäre auch deshalb eine fruchtlose Aufgabe, weil es Fälle giebt, in denen Prozesssubjekt und Subjekt des strittigen materiellen Rechtsverhältnisses nicht identisch sind, auf die aber auch nicht die Definition Kohlers von der Prozessstandschaft zutrifft.

Was endlich die Prozessstandschaft der Gläubigerschaft für den Cridar anlangt, so steht und fällt diese Ansicht selbstverständlich mit der Annahme oder Verwerfung einer organisierten Gläubigerschaft und eines pfandrechtsartigen Beschlagsrechts dieser Gläubigerschaft am Vermögen des Cridars, und die Prozessstandschaft des Nebenintervenienten erklärt Kohler selbst für eine unvollkommene; sie erledigt sich damit, dass er selbst nicht behauptet, dass der Nebenintervenient Partei sei, sondern ihn als Gehilfen einer Prozesspartei bezeichnet.

Es ist somit nachgewiesen, dass es an einem Bedürfnis fehlt

---

1) Kohler allerdings (Ges. Beiträge, p. 47 f.) erklärt die Loslösung des Prozessführers vom Subjekt des Anspruchs als etwas Aussergewöhnliches und von dieser Auffassung aus lässt sich allerdings eine Definition der Parteien als der Subjekte des materiellen strittigen Rechtsverhältnisses, neben denen die Fälle der Prozessstandschaft als besondere Ausnahmen stehen würden, begreifen.

jene Personen unter ein besonderes Rechtsinstitut, die Prozessstandschaft zu subsumieren, und was den Testamentsvollstrecker betrifft, dass nach Kohlers Ausführungen selbst kein Fall der Prozessstandschaft vorliegen würde.

Die Parteistellung des Testamentsvollstreckers verteidigt auch Thiele,[1]) der wie bereits erwähnt, ebenfalls von dem hier vertretenen Parteibegriff ausgeht. Er hält den Testamentsvollstrecker nicht für einen Vertreter der Erben, denn sein Wille sei massgebend und entscheidend; ihm gegenüber sei der Wille des Erben wirkungslos. Allein die Entscheidung über die Frage, ob jemand als Vertreter eines andern einzusehen ist, hängt nicht davon ab, ob sein Wille oder derjenige einer andern Person massgebend ist, sondern davon, ob er seine eigenen Rechte oder die Ansprüche einer andern Person geltend macht an Stelle derselben. Thiele beruft sich für seine Ansicht auf Eccius.[2]) Allein dies ist verfehlt, da dieser zwar die Ansicht vertritt, dass in den Prozessen, welche vom Sequester, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker geführt werden, der Eigentümer der Konkursmasse u. s. w. nicht die Partei sei, für die der Verwalter als gesetzlicher Vertreter handle, aber gleich darauf bemerkt, der Testamentsvollstrecker, der eine Nachlassforderung geltend macht, wolle nur in Verwaltung fremder Angelegenheiten thätig sein, nicht in eigenem Namen und unter eigener Verantwortlichkeit prozessieren, er wolle nicht persönlich für die Kosten des Rechtstreits haften. Dann aber ist er auch nach dem von Thiele aufgestellten Begriff gewiss nicht Partei.

Endlich seien des Zusammenhangs wegen auch hier Endemann[3]) und Stegemann,[4]) welche beide aus den mehrfach erwähnten und untersuchten Gründen für die Parteistellung des Testamentsvollstreckers eintreten, aufgeführt. Betrachtet man den Testamentsvollstrecker im allgemeinen als Vertreter der Erben, so ist nicht abzusehen, warum demselben im Prozess die Partei-

1) Archiv f. civilistische Praxis 82, p. 70.
2) Bei Gruchot XXXIII, p. 734.
3) Das deutsche Konkursverfahren, p. 214.
4) Busch XVII, p. 326 ff., insbesondere p. 373 ff.

stellung zukommen soll. Verteidigt er den Inhalt des Testaments z. B. die Erbeseinsetzung gegen die Angriffe der Intestaterben, so ist klar, dass er Rechte der Erben geltend macht an deren Stelle und ebenso ist es, mag er nun Nachlassstücke vindizieren, Nachlassforderungen einklagen oder den Nachlass-Gläubigern und Legataren gegenüberstehen. Überall sind es Rechte und Pflichten der Erben, die hier streitig sind. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass der Testamentsvollstrecker in allen Prozessen, die er als solcher führt, niemals Partei sein könne. Er ist es, z. B. wenn er seine Ansprüche auf Honorar, Auslagen u. s. w. geltend macht.[1])

§ 6.

Der formelle Parteibegriff und seine Bedeutung.

Dem materiellen Parteibegriff und der materiellen Parteifähigkeit stellt Wach[2]) einen formellen Begriff des Gesetzes und eine formelle Parteifähigkeit gegenüber. Er führt etwa folgendes aus: Partei im materiellen Sinn ist das behauptete aktive und passive Subjekt des den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechtsverhältnisses und Parteifähigkeit im materiellen Sinn, die Fähigkeit, aktives und passives Subjekt civiler Rechtsverhältnisse zu sein (Rechtssubjektivität). Dem formellen Parteibegriff dagegen ist wesentlich die Eigenschaft der Personenmehrheit oder Vermögensmasse „als solche“ in eigenem Namen klagen oder verklagt werden zu können und die formelle Parteifähigkeit ist die Fähigkeit einer Person u. s. w. „als solche“ zu klagen und verklagt zu werden. Die Bedeutung dieser Begriffe erblickt Wach darin, dass sie auch Personenverbände, denen Parteifähigkeit im materiellen Sinn nicht zukommt, decken. Die gesetzlichen Bestimmungen, auf welche diese Theorie gestützt wird, sind die §§ 19 und 157 C.-P.-O. Hier stellt die C.-P.-O. bezüglich des allge-

1) Vgl. Levy in den Verhandlungen des 21. Juristentages, Bd. III, p. 234 ff.

2) Handbuch I, p. 522 ff., 404, und bei Busch IX, 433.

meinen Gerichtsstandes und der Zustellung Personenmehrheiten bezw. Vermögensmassen ganz abgesehen von ihrer Qualität als juristische Person den Gemeinden und Korporationen, also juristischen Personen, gleich. Dabei erkennt Wach ausdrücklich an, dass die Bedeutung der beiden Begriffe lediglich in der Form liege, wenn „der formellen Partei" auch ein materielles Moment innewohne, welches in dem einheitlichen Parteinamen, der einheitlichen Prozessführung unter demselben und in der Einheitlichkeit der Entscheidung seinen Ausdruck finde. Die Prozesssubjekte sind und bleiben, so führt er aus, trotz des Collektivnamens die unter diesem Namen klagenden und verklagten materiell berechtigten Personen. Daher treffe auch die Entscheidung des Rechtsstreits sie, wenn auch, da die einzelnen Mitglieder der Personenmehrheit gar nicht benannt sind, das Urteil nur auf den Namen der Gesellschaft ergehen könne. Nur dann erscheine allerdings der Unterschied zwischen Korporationen und sonstigen Personenvereinen unwesentlich, wenn den Statuten gemäss nur dieser im Prozess erscheine, der Wechsel der Mitglieder ohne Einfluss auf den Prozess sei, das Urteil nur auf den Namen des Vereins ergehe und die Vollstreckung nur gegen den Verein, d. h. in das Vereinsvermögen stattfinde, z. B. wenn in Beziehung auf einen bestimmten Vereinsfonds kontrahiert werde und die Haftung des Vereins auf diesen beschränkt sei. Wach zeigt dann die Konsequenzen seiner Auffassung an dem Beispiel der offenen Handelsgesellschaft, welcher er formelle Parteifähigkeit zuschreibt. Hierauf kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Ähnlich ist die Theorie von Planck, welcher der civilistischen Parteifähigkeit (Rechtsfähigkeit) die prozessrechtliche Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden entgegenstellt, welche sich regelmässig mit ersterer decke, eine Erweiterung aber dadurch erfahren habe, dass die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden, an Gebilde, die nicht rechtsfähig seien, verliehen sei.[1]) Schon aus dieser Erörterung geht klar hervor, was mit der Aufstellung dieser Be-

1) Lehrb., p. 209 ff. Von Erweiterung des Parteibegriffs redet auch Wach 1, p. 567. Vgl. auch die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betr. Änderungen der C.-P.-O., p. 16.

griffe bezweckt wird: es soll nicht rechtsfähigen Gebilden die Möglichkeit eröffnet werden, im Prozess als Parteien aufzutreten. Die Berechtigung dieser Theorie ist zunächst zu prüfen, woran sich dann eine allgemeine Erörterung der Begriffs „Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden", welcher in den hier in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen sich findet, knüpfen soll.

Die Unterscheidung zwischen einem formellen und materiellen Parteibegriff lässt sich nicht aus der C.-P.-O. entnehmen: der von Wach sog. materielle Parteibegriff ist der allein der C.-P.O. zu Grund liegende. Aus den §§ 19, 157 C.-P.-O. lässt sich kein formeller Parteibegriff und keine „formelle Parteifähigkeit" ableiten. Die erstere Bestimmung ordnet einen allgemeinen Gerichtsstand für die Gemeinden und Korporationen und mit demselben auch für diejenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und diejenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, an; die letztere schreibt in Abs. 1 vor, dass die Zustellung, die an eine Partei bewirkt werden soll, für die nicht prozessfähigen Personen an den gesetzlichen Vertreter erfolgen solle, in Abs. 2, dass bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenverbänden, welche als solche klagen und verklagt werden können, die Zustellung an den Vorsteher genüge. Damit werden bezüglich des Gerichtsstandes und der Zustellung diese Personenmehrheiten und Vermögensmassen neben juristischen Personen erwähnt und diesen gleichgestellt. Allein damit, dass die genannten rechtlichen Gebilde in gewissen Beziehungen von der C.-P.-O. wie Rechtssubjekte behandelt werden, ist nicht ein formeller Parteibegriff und eine formelle Parteifähigkeit für die C.-P,-O. geschaffen. Auch das lässt sich nicht mit Sicherheit aus dieser Bestimmung entnehmen, dass die Personenverbände, welche als solche klagen und verklagt werden können, notwendig Nichtrechtssubjekte sein müssen, wie Wach bei seinen formellen Parteien voraussetzt. Die in der zweiten Bestimmung neben den Gemeinden und Korporationen, also zweifellosen Rechtssubjekten, genannten „Behörden" sind nach den meisten Landesrechten nicht Rechtssubjekte, obgleich sie die C.-P.-O. zugleich mit juristischen

Personen nennt und diesen dann erst die Personenverbände, welche klagen und verklagt werden können, an die Seite stellt. So wenig wie diese Verbände hat die C.-P.-O. damit die Behörden zu Prozessparteien gemacht, obgleich weiter in § 19 Abs. 2 bestimmt ist, dass Behörden „wenn sie als solche verklagt werden“ beim Gericht ihres Amtssitzes ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Behörden erscheinen vielmehr regelmässig nach wie vor dem Inkrafttreten der C.-P.-O. als gesetzliche Vertreter der Partei: des Fiscus, der Gemeinde u. s. w. Nur da, wo nach Landesrecht ihnen in ihren Prozessen Parteieigenschaft zukommt, wie z. B. in Mecklenburg und den Hansestädten, sind sie in den Prozessen Partei und nicht gesetzliche Vertreter. Wem die Eigenschaft zukommt, in eigenem Namen zu klagen oder verklagt zu werden, will die C.-P.-O. überhaupt nicht bestimmen; sie verweist bezüglich dieser Frage auf das materielle Recht. Wenn wir auf Grund des materiellen Rechts nun jene Personenverbände und Vermögensmassen zusammenstellen, so finden wir solche darunter, welchen ausdrücklich die Eigenschaft als solche zu klagen und verklagt werden zu können, zugebilligt ist, welche dabei anerkanntermassen aber juristische Personen sind, wie Wach selbst zugiebt[1]) (z. B. die Aktiengesellschaften). Wenn aber den in der C.-P.-O. erwähnten Verbänden, welche als solche klagen und verklagt werden können, selbst auch die Eigenschaft einer juristischen Person zukommen kann — also das, was Wach die materielle Parteifähigkeit nennt, so ist es um so weniger zu billigen, gerade auf diese Bestimmungen den formellen Parteibegriff zu gründen.

Aber auch die Bezeichnung „formelle Partei“, „formelle Parteifähigkeit“ ist verfehlt. Man könnte sie annehmbar finden, wenn die bezeichneten Personenmehrheiten prozessualisch in jeder Beziehung als Parteien zu behandeln wären, obgleich sie es nicht sind. Dies nimmt aber Wach, wie bemerkt, selbst nicht an. Wenn man nun anerkennen muss, dass die Gesellschafter auch da, wo sie im Prozess in keiner Weise hervortreten und es daher am nächsten liegt, die Gesellschaft als Partei zu bezeichnen,

1) Handbuch I, p. 520 Anm.

dennoch die Prozessparteien sind, so ist es nicht gerechtfertigt, von einer Parteifähigkeit der Gesellschaft zu reden, denn diese ist eben nicht fähig, Partei zu sein.[1])

Es ist der Ansicht Gierkes[2]) durchaus beizutreten, dass die Parteifähigkeit stets der Ausdruck einer entsprechenden materiellen Rechtsfähigkeit ist und der Begriff der formellen Parteifähigkeit, dessen Aufstellung die Zulassung von Vereinen als Kläger und Beklagter ohne Anerkennung ihrer Rechtssubjektivität rechtfertigen soll, in der C.-P.-O. keinen Anhalt hat. Die C.-P.-O. sagt nirgends, dass es Parteien gebe, die nicht Rechtssubjekte sind und Parteifähigkeit da vorhanden sein könne, wo die Rechtsfähigkeit ermangelt.[3])

Demnach ist der Unterschied zwischen einem materiellen und formellen Parteibegriff, einer formellen und materiellen Parteifähigkeit zu verwerfen. Wenn man die „unlösliche Beziehung des Parteibegriffs zum Rechtssubjekt“ nicht zerstören will, wird man am besten thun, wenn man Personen- und Vermögensverbände, welche Nichtrechtssubjekte sind, nicht als Prozessparteien bezeichnet und behandelt, besonders dann, wenn man doch zugeben muss, dass die eigentlichen Parteien die einzelnen Mitglieder des Verbands sind.

---

1) Vgl. Petersen bei Busch XVIII, p. 59 f.

2) Genossenschaftstheorie I, p. 733. Gaupp I, Vorbem. vor § 50. Anm. 24 citiert Gierke neben Wach und Planck. Gierke teilt jedoch nicht die Ansicht von Wach.

3) Diese Untersuchung beschränkt sich auf das zur Zeit geltende Recht. Der § 49a des Entwurfes eines Gesetzes betr. die Änderungen der C.-P.-O. enthält in Abs. 2 die Bestimmung, dass ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, verklagt werden könne und im Rechtsstreit dann die Stellung eines rechtsfähigen Vereins habe; der § 670a bestimmt, dass zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ein gegen den Verein ergangenes Urteil genüge. Auf die Frage, wie diese Bestimmungen mit obigen Ausführungen allenfalls zu vereinigen sind, kann nicht mehr eingegangen werden.

Vgl. die §§ 49a und 670a des Entwurfs eines Gesetzes, betr. Änderungen der C.-P.-O., die Begründung hiezu, p. 16 und 106/107, und die Bemerkung von Wach über die erstere Bestimmung im Vorwort zur zweiten Auflage der Vorträge über die R.-C.-P.-O.; Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang I, p. 286 f., Jahrgang III, p. 65; 125 ff.

Mit der Verwerfung des formellen Parteibegriffs ist selbstverständlich die Frage, welche zu der Aufstellung dieses Begriffs geführt hat, nicht erledigt. Wenn die genannten Bestimmungen der C.-P.-O. jenen rechtlichen Gebilden nicht die Fähigkeit verschafft haben, zu klagen und verklagt zu werden, so wird dadurch an der Thatsache nichts geändert, dass eine Reihe materiell rechtlicher Bestimmungen von der Fähigkeit gewisser Personen- und Vermögensverbände spricht, als solche zu klagen und verklagt zu werden. Ist damit gesagt, dass sie in ihren Prozessen Parteien seien? Die Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden oder Kläger und Beklagter oder Partei zu sein, ist zweifellos begrifflich genau dieselbe. So enthält denn auch der Entwurf einer C.-P.-O. für den Norddeutschen Bund in seinem § 79 die Bestimmung: „die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden (Parteifähigkeit) bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts". Wenn diese Bestimmung, welche ausdrücklich die Identität der Begriffe anerkennt, selbst nicht in die C.-P.-O. aufgenommen wurde, so geschah es wohl deshalb, weil man sie für selbstverständlich hielt. Sie hat jedoch auch für die C.-P.-O. zu gelten.[1]) Hiemit stimmen die Definitionen der meisten Schriftsteller,[2]) welche die Parteifähigkeit als die „Fähigkeit Partei zu sein", „Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden", „Fähigkeit, vor Gericht belangt zu werden", definieren, überein.

Demgemäss ist die Ansicht,[3]) dass die in der C.-P.-O. erwähnte Fähigkeit eines Personenverbands als solchen zu klagen und verklagt zu werden, nicht Parteifähigkeit bedeute, sondern die Fähigkeit, unter einer Kollektivbezeichnung zu klagen und verklagt zu werden, zu verwerfen. Die Theorie, welche in diesem Ausdruck einen Hinweis auf einen „formellen Parteibegriff" und eine „formelle Parteifähigkeit" erblicken will, ist bereits besprochen worden, wobei auch die Thatsache hervorgehoben worden ist, dass

1) Vgl. aber jetzt § 49a des Entwurfs eines Gesetzes betr. Änderungen der C.-P.-O.

2) Vgl. Comm. v. Bülow, Vorbem. vor § 50 N. 1; Fitting, Lehrb. § 23; Puchelt, Comm., p. 147, 224.

3) Seuffert, Comm., Vorbem. vor § 50, 1.

der Ausdruck in den Gesetzen zweifellos auch von Personenverbänden gebraucht wird, welche juristische Personen sind, also nicht lediglich den von Wach sog. formellen Parteibegriff indicieren kann. Wird nun aber auch die Fähigkeit, Partei zu sein und zu klagen und verklagt zu werden, als identisch anerkannt, so ist damit über das Wesen dieser Parteifähigkeit nichts gesagt: ist sie die von Wach sog. materielle Parteifähigkeit oder eine Parteifähigkeit, die die sog. materielle oder formelle Parteifähigkeit in sich vereinigt?

Zunächst soll erörtert werden, ob ersteres zutrifft, m. a. W. ob Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit identisch sind.

Die Parteien des Civilprozesses sind die Subjekte des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses oder doch, wo dies auch nicht zutrifft, Rechtssubjekte in privatrechtlichem Sinne. Denn nur civilistische Rechtsverhältnisse sind regelmässig Gegenstand des Civilprozesses; es müsste denn sein, dass wie kraft positiver Vorschrift im Fall des § 586 C.-P.-O., ein öffentlich rechtlicher Anspruch in den Formen des Civilprozesses geltend gemacht wird, was als eine Anomalie erscheint. Hieraus ergiebt sich, dass die Fähigkeit Partei zu sein zusammenfallen muss mit der Fähigkeit, civilistisches Rechtssubjekt zu sein.[1])

Demnach erhält der Begriff der Parteifähigkeit seine Substanziierung durch das materielle Recht. Dieses sagt, wem Parteifähigkeit zukommt, wenn sie beginnt, wenn sie endet u. s. w. Die Rechtssätze aus der Lehre von der Rechtsfähigkeit und den Rechtssubjekten, d. h. denjenigen Personen, welche fähig sind, Träger von Rechten und Rechtspflichten zu sein, finden hier ihre Anwendung. Die Identität dieser beiden Begriffe wird von einer Reihe von Schriftstellern[2]) angenommen. Auch Wach hat, ehe er den Begriff der formellen Parteifähigkeit aufstellte, die Parteifähigkeit in diesem Sinn als die „Fähigkeit, Rechte und recht-

---

1) Vgl. Gaupp, Normen, p. 3 ff.

2) Vgl. Gaupp I, Vorbem. vor § 50. II; Förster I, p. 30, 80; Petersen, Comm., p. 121; bei Busch XVIII, p. 53 ff. u. die dort cit. Hellmann, Lehrb., p. 246; Engelmann, Civilprozess, p. 38.

liche Verpflichtungen zu haben, aktives oder passives Subjekt der res in iudicium deducta zu sein,[1]) definiert.

Diese Ansicht findet ihre Bestätigung auch durch folgendes: in einer Anzahl von Reichsgesetzen wird die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden, welche wir bereits als identisch mit der Parteifähigkeit erkannt haben, Personenverbänden beigelegt, welche allgemein als juristische Personen gelten (vgl. § 7).

Ist Parteifähigkeit nichts anderes als Rechtsfähigkeit, so folgt daraus, dass Parteifähigkeit da nicht vorhanden ist, wo Rechtsfähigkeit fehlt und beschränkte Rechtsfähigkeit beschränkter Parteifähigkeit entspricht. Umgekehrt kann auch niemand parteifähig, aber nicht rechtsfähig sein, denn „Parteifähigkeit ohne Rechtssubjektivität ist ein Unding“.[2]) Kein Gesetzgeber kann daher eine von der Rechtssubjektivität unabhängige Parteifähigkeit verleihen, sofern nur der erwähnte Begriff der Parteifähigkeit festgehalten wird.[3])

Dagegen vereinigt der von Wilmowski-Levy[4]) und Struckmann-Koch[5]) aufgestellte Begriff der Parteifähigkeit sowohl das in sich, was Wach materielle Parteifähigkeit nennt, als auch das, was er als formelle Parteifähigkeit bezeichnet.

Nach Wilmowski-Levy sind parteifähig alle Rechtssubjekte physische und juristische Personen und alle Vereine (Handels-Aktiengesellschaften u. s. w.) Anstalten, welchen das bürgerliche Recht die Befugnis beilegt, als besondere Rechtssubjekte zu klagen und verklagt zu werden. Daran ist jedenfalls soviel unrichtig neben physischen und juristischen Personen noch Vereine als Rechtssubjekte zu bezeichnen. Sieht man hievon ab, so sind nach dieser Ansicht parteifähig:

---

1) Vorträge, p. 80.

2) Seuffert, Comm., Vorbem. vor § 50, 1.

3) A. A. scheint Eccius zu sein (Gruchot 30, p. 461); er behauptet, dass das materielle Recht vom Reichsgesetz nicht gehindert sei, zu bestimmen eine Personenmehrheit könne als Partei auftreten, ohne den Rechtscharakter einer juristischen Person erlangt zu haben.

4) Vorbem. vor § 50; N. 1 zu § 56.

5) Comm., Vorbem. vor § 50, N. 2; N. 1 zu § 19.

1) Rechtssubjekte (physische und juristische Personen).
2) Alle Vereine, welche nach Civilrecht klagen und verklagt werden können.

Parteifähigkeit ist somit die Fähigkeit der Rechtssubjekte und der Vereine, welchen das bürgerliche Recht die Befugnis verleiht, als solche zu klagen und verklagt zu werden. Diese Vereine sehen nun Wilmowski-Levy nicht als Rechtssubjekte an. Sie sind der Ansicht, dass z. B. in der offenen Handelsgesellschaft, welche zu jenen Vereinen zu zählen ist, nur die Vereinigung der Gesellschaft zu dem Gesellschaftszweck verkörpert sei, und lehnen es ab, dass dieselbe juristische Person sei. Subjekt des Anspruchs sollen die Gesellschafter sein. Dieser Rechtsstandpunkt sei auch für den Prozess anzunehmen, für welchen die Parteifähigkeit dieser unter einem Namen auftretenden Vereinigung gesetzlich anerkannt sei, wie denn auch die rechtskräftige Entscheidung eines Prozesses nur die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft ermögliche, wenn gleich sie in Betreff des Bestehens der Gesellschaftsschuld, auch für einen demnächstigen Prozess gegen die Gesellschafter wirke. Nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft seien dagegen in den Prozessen der bisherigen Firma in Liquidation die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen anzusehen. Aus diesen Ausführungen und aus der Gegenüberstellung des Zustands vor Auflösung und nach Auflösung der Gesellschaft kann man entnehmen, dass Wilmowski-Levy vor Auflösung der Gesellschaft an den Prozessen eine Parteistellung der Gesellschaft selbst annehmen.

Kann man nun diese Ansicht aufrecht erhalten, wenn man ausdrücklich anerkennt, dass eine Gesellschaft nicht juristische Person ist? Nach Wilmowski-Levys Definition der Partei wohl nicht: denn „Partei“ ist hienach das „Rechtssubjekt, in dessen eigenen Namen, für dessen Rechnung als Kläger resp. Beklagter der Prozess geführt wird.“ Auch unterliegt es wohl doch keinem Zweifel, dass die Parteien in den Gesellschaftsprozessen, wenn die Gesellschaft nicht juristische Person ist, die Gesellschafter sind. Wilmowski-Levy erkennen dies auch an, wenn sie

sagen, dass die Rechtssubjekte des Rechtsanspruchs die Gesellschafter seien. Dann muss man aber annehmen, dass sie die Parteien im Prozess sind, man müsste denn zu der Ansicht gelangen, dass die Gesellschaft als Partei einen fremden Anspruch, einen Anspruch der Gesellschafter, geltend mache. Nun ist aber dieser Anspruch genau derselbe, der vor dem Prozess den Gesellschaftern zustand. Das Nächstliegende ist es daher, dass die Gesellschafter diesen Anspruch auch im Prozess geltend machen, d. h. Parteien sind, denn diese sind und bleiben die Anspruchssubjekte, auch wenn sie im Prozess gar nicht hervortreten, sondern nur die Gesellschaft unter ihrer Firma auftritt. Wenn nun die Gesellschaft diesen Anspruch als Partei geltend macht, so sind eben unter der Bezeichnung „Gesellschaft," die Gesellschafter zu verstehen. Dass die Zwangsvollstreckung nur in das Vermögen der Gesellschaft geht, spricht nicht dagegen, denn das Vermögen der Gesellschaft ist auch das Vermögen der Gesellschafter, folglich geht die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter, allerdings zunächst mit einer bestimmten Beschränkung. Kann man nun nicht die Gesellschaft als Prozesspartei ansehen, so ist es wertlos von ihrer „gesetzlich anerkannten Parteifähigkeit" zu reden. Die Gesellschaft wäre zwar parteifähig, könnte aber niemals Partei sein. Dieser Widerspruch wird nur dadurch gelöst, dass, wenn man die Parteifähigkeit der Gesellschaft verteidigt, auch deren Rechtsfähigkeit anerkennen muss; wenn man aber dies nicht will, auch die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht festhalten und in den Gesetzesworten nicht anerkannt finden darf.

„Parteifähige Subjekte, die wenn sie klagen oder verklagt werden, nicht Parteien sind, giebt es nicht."

Demnach ist eine allgemeine Parteifähigkeit, welche sämtlichen Vereinen, abgesehen von ihrer Rechtsfähigkeit, zukommen soll, zu verwerfen. Ebensowenig ist es zu billigen, wenn Stockmann-Koch bemerken, dass die Parteifähigkeit allen Rechtssubjekten zustehe und überdies manchen Parteivereinen positiv beigelegt sei. Es giebt nur zwei Arten von parteifähigen Subjekten, die physischen und juristischen Personen.

Diese Ansicht, nach welcher die Parteifähigkeit nicht identisch ist mit der Rechtsfähigkeit, sondern einen umfassenderen Begriff bezeichnet, ist in der Theorie und Praxis ausserordentlich oft vertreten. Die Praxis ist sogar soweit gegangen, Personenverbänden ohne ein formal selbständiges Vermögen, wie wir es z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft finden, die Parteifähigkeit zuzuerkennen.[1]) Dabei wird nicht selten zugegeben, dass die eigentliche Prozesspartei die Mitglieder des Verbands seien.

Es ist nun von vornherein klar, dass wenn man von der Parteifähigkeit solcher Verbände und Gesellschaften spricht, damit ein anderer Sinn verbunden wird, als begrifflich in dem Ausdruck liegt, denn, meint man damit die Fähigkeit Partei zu sein, so müsste man konsequent auch den Verband als die Prozesspartei betrachten. Man meint aber die Fähigkeit einer Anzahl von Personen als formal selbständiger Verband unter einem einheitlichen Namen zu klagen und verklagt zu werden. Dies liegt jedoch in dem Wort „Parteifähigkeit“ nicht und dadurch, dass etwas als Parteifähigkeit bezeichnet wird, was nicht Parteifähigkeit ist, wird nur Begriffsverwirrung geschaffen. Wenn man ferner anerkennt und anerkennen muss, dass im einzelnen Prozess der Verband doch nicht die Prozesspartei ist, weil eben dem Verband als einem Nichtrechtssubjekte auch keine Ansprüche zustehen können, die er im Prozesse geltend zu machen hätte, so ist es gewiss verfehlt, die Parteifähigkeit von Verbänden zu verteidigen, die nie Parteien sein könnten. Das fühlt man auch häufig und sucht dann dadurch zu helfen, dass man von Rechtssubjekten spricht, die weder juristische noch physische Personen seien, oder dass man die Zulassung zum Prozess damit begründet, es liege trotz des Mangels an einzelnen Kriterien der juristischen Person dennoch eine solche vor.[2]) Die Frage, ob die hier in Betracht kommenden Verbände zum Prozess unter einheitlichen Namen, ohne Nennung der einzelnen Mitglieder zuzulassen sind, wird häufig aus Gründen der Zweckmässigkeit bejaht werden

1) Vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts IV, p. 134, p. 156; VII, p. 164; VIII, p. 123; XII, p. 233, 398; XIII, p. 333; XV, p. 248.

2) Vgl. Bekker, Pand I, p. 127.

müssen. Hiegegen ist auch nichts einzuwenden; allein wenn nun von einer Parteifähigkeit des Verbands gesprochen und der Verband als Prozesspartei bezeichnet wird, so ist dies unrichtig, und bewirkt nur eine Verdunklung der rechtlichen Verhältnisse. Ein weiterer Übelstand ist der Umstand, dass keineswegs Einheit der Ansichten darüber herrscht, unter welchen Voraussetzungen gewisse Verbände als Prozessparteien zuzulassen sind. [1])

Darnach wäre Parteifähigkeit ein völlig vager Begriff, dessen Kriterien in keiner Weise feststehen. Denn wenn z. B. das Reichsgericht bemerkt: „es . . . . ist zur Begründung eines solchen (parteifähigen Vereins) nicht mehr erforderlich als die an keine Form gebundene Errichtung eines entsprechenden Gesellschaftsvertrags, so ist, wie Bekker bemerkt, die Frage unbeantwortet, was unter dem entsprechenden Gesellschaftsvertrag zu verstehen ist und wer im Stande ist einen solchen zu schliessen. In wie weit die Zulassung eines nichtrechtsfähigen Vereines als solchen zum Prozess gerechtfertigt erscheint, ist hier nicht näher zu untersuchen. Nach der hier vorgetragenen Auffassung hat diese Frage mit der Parteifähigkeit eines Vereins nichts zu thun.

§ 7.

Die einzelnen Fälle, in welchen der formale Parteibegriff in Frage kommt.

Wie wir gesehen haben, ist dem formalen Parteibegriff nach der oben erörterten Theorie wesentlich die Eigenschaft der Personenmehrheit oder Vermögensmasse „als solche“ in eigenem Namen klagen oder verklagt werden zu können.

In erster Linie sind daher an dieser Stelle zu erörtern die Fälle, in welchen die Gesetze Personenmehrheiten oder Vermögensmassen diese Fähigkeit zuschreiben.

Diese Ausdrucksweise hängt damit zusammen, dass in diesen Gesetzen, welche sämtlich Reichsgesetze sind, die Bezeichnung

1) Vgl. Bekker, p. 276 ff. a. a. O.

„juristische Person“ vermieden und durch eine die Rechtsfähigkeit umschreibende Formel ersetzt ist, welche besagt, dass der Personenverband u. s. w. Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, auch Eigentum an Grundstücken erwerben könne, regelmässig ist auch beigefügt, dass die Personenmehrheit klagen und verklagt werden könne. An die Besprechung dieser Fälle wird sich anschliessen die Erörterung eines weiteren Falls „formeller Parteifähigkeit“, der Parteifähigkeit der sog. Konkursgläubigerschaft, welche von Wach erörtert und verteidigt wird. Die Feststellungen des vorigen § lassen sich nun auch durchführen, wenn man diese einzelnen Fälle ins Auge fasst: es lässt sich nachweisen, dass in dem einen wirkliche juristische Personen verhanden sind, die Konstruktion eines Personenverbandes der Konkursgläubigerschaft aber mit angeblicher formaler Parteifähigkeit überflüssig ist.

Zu den erst genannten Fällen ist nicht die Reederei zu rechnen, welche zwar häufig als eine der Aktiengesellschaft verwandte Genossenschaft bezeichnet, aber trotzdem nicht als juristische Person aufgefasst wird. Diese Gesellschaft führt nicht einmal eine Firma, unter der sie Rechte erworben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden könnte. Es hat allerdings den Anschein, als ob auch durch das Handelsgesetzbuch der Reederei die Rechtssubjektivität zugesprochen wird, in welchem mehrfach von Berechtigung und Verpflichtung der „Reederei“ die Rede ist; allein mit diesem Ausdruck will nur eine Gesamtbezeichnung für die Mitreeder gegeben werden. Die Mitreeder sind die unmittelbar berechtigten und verpflichteten Personen; sie sind auch Kläger und Beklagte in den Prozessen der Reederei. Haben die Reeder nicht in dem Correspondentreeder ein Vertretungsorgan bestellt, so müssen dieselben auch im Prozess benannt, in der Klage aufgeführt werden. Wird ein Correspondentreeder bestellt, so kann allerdings, wie derselbe unter der Collektivbezeichnung der Reederei Rechtsgeschäfte für sämtliche Reeder abschliessen kann, auch eine Klage gegen die „Reederei“ vertreten durch den Correspondentreeder, angestellt, oder seitens desselben erhoben werden; es bedarf nicht einer Benennung der einzelnen Mitreeder,

ausser es müsste ein besonderes Interesse hieran vorliegen. Ein solches liegt niemals vor, wenn die Befriedigung nur aus Schiff und Fracht gesucht wird; dagegen dann, wenn die Mitreeder persönlich in Anspruch genommen werden. Es ist also bezüglich, der Reederei festzustellen, dass dieselbe unter einer Collektivbezeichnung klagen und verklagt werden kann, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen. Die „Eigenschaft als solche zu klagen und verklagt zu werden" kann ihr schon aus diesem Grunde nicht schlechtweg zugesprochen werden.

Dagegen kommen folgende Personen- und Vermögensverbände in Betracht, von welcher die Gesetze sagen: sie können klagen und verklagt werden.

1) Die offene Handelsgesellschaft und Commanditgesellschaft sowie die Commanditgesellschaft auf Aktien, welche gemäss Art. 111 und 164 „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gerichte klagen und verklagt werden können."

2) Die Aktiengesellschaft, welche nach Art. 213 H.-G.-B. als solche selbständige Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann.

3) Die eingeschriebenen Hilfskassen, welche nach § 5 des Reichsgesetzes vom 7. April 1876 unter ihren Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können.

4) Die Ortskrankenkassen, welche gemäss § 25 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 in der Fassung des Gesetzes vom 10. April 1892 unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können.

Die Bestimmung findet gemäss § 64 des genannten Gesetzes auf die Betriebs- (Fabrik) Krankenkassen und gemäss § 72 auf die Baukrankenkassen Anwendung. [1])

1) Dagegen gelten diese oder ähnliche Bestimmungen nicht für die In-

5) Die Innungen, welche gemäss § 99 des Gesetzes vom 1. Juli 1883 (Gewerbeordnung in neuer Fassung) unter ihrem Namen Rechte, insbesondere Eigentum und sonstige dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können. Gemäss des durch Gesetz vom 23. April 1886 eingeschalteten § 104 h. G.-O. kann Innungsverbänden diese Fähigkeit beigelegt werden.

6) Die Berufsgenossenschaften, welche gemäss § 9 Abs. 4 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können. Dasselbe gilt von den Berufsgenossenschaften, welche gemäss § 13 des Gesetzes betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom 5. Mai 1886 und gemäss § 12 des Gesetzes betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen vom 11. Juli 1887, sowie gemäss § 16 des Gesetzes betr. der Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschifffahrt beteiligter Personen vom 13. Juli 1887, gebildet werden.

7) Die deutschen Kolonialgesellschaften, welche die Kolonisation der deutschen Schutzgebiete, inbesondere den Erwerb und die Verwertung von Grundbesitz, den Betrieb von Land- und Plantagenwirtschaft, den Betrieb von Bergbau, gewerbliche Unternehmungen und Handelsgeschäften in denselben zum ausschliesslichen Gegenstand ihres Unternehmens und ihren Sitz entweder im Reichsgebiet oder deutschen Schutzgebiet haben, oder denen durch kaiserliche Schutzbriefe die Ausübung von Hoheitsrechten in den deutschen Schutzgebieten übertragen ist. Diesen kann gemäss § 8 der Bekanntmachung wegen Redaktion des Gesetzes betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888 auf Grund eines vom Reichskanzler genehmigten Gesellschaftsvertrags durch Beschluss des Bundesrats die Fähigkeit beigelegt werden, unter

---

nungskrankenkassen (vgl. § 73 K.-V.-G., G.-O. § 97a, 100c), die Knappschaftskassen nach Reichsrecht (§ 74 K.-V.-G.), Gemeindekrankenkassen §§ 4, 49 ff., K.-V.-G.

ihrem Namen Rechte, insbesondere Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, vor Gericht klagen und verklagt werden zu können.

8) Die eingetragene Genossenschaft, welche gemäss § 17 des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 als solche selbstständige Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann.

9) Die Versicherungsanstalten, welche gemäss § 44 des Gesetzes betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889 unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können.

10) Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, welche gemäss § 13 des Gesetzes vom 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung als solche selbständige Rechte und Pflichten haben, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können.

Es ist nun die Frage, ob diesen Gesellschaften Rechtsfähigkeit zukommt.

Im Gegensatz zu denselben kann die Parteifähigkeit des Reichsfiskus, dessen Rechtsfähigkeit durch das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände vom 25. Mai 1873 anerkannt ist, sowie der Reichsbank, von welcher § 12 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 sagt, dass sie die Eigenschaft einer juristischen Person besitze, und der gewerblichen Hilfskassen, welche gemäss § 140,2 G.-O. die Rechte juristischer Personen durch die Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde erlangen, soweit es zur Erlangung dieser Rechte einer besonderen staatlichen Genehmigung bedarf, nicht bezweifelt werden. Aber auch die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit aller unter 2 bis 10 genannten Personenverbände und Vermögensmassen ist anerkannt. [1]) Nach den obigen Ausführungen ist die in diesen Ge-

1) Vgl. überhaupt Motive z. B. G.-B. I, p. 79 und Gaupp I, Vorbem.

setzen erwähnte Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden nichts anderes als die Rechtsfähigkeit in Beziehung auf den Prozess die Parteifähigkeit.

Während die Rechts- und Parteifähigkeit der unter 2—10 genannten Personen und der Vermögensverbände ausser Frage steht, wird bezüglich der offenen Handelsgesellschaft, der Commanditgesellschaft und der Commanditgesellschaft auf Aktien von der herrschenden Ansicht sowohl in der Theorie als in der Praxis die Rechtspersönlichkeit verneint, obwohl dieselbe anerkennen muss, dass die Rechtsentwicklung offenbar dahin drängt, diesen Gesellschaften juristische Persönlichkeit beizulegen. Insbesondere haben das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht wiederholt die Ansicht ausgesprochen, dass die offeneHandelsgesellschaft nicht als juristische Person trotz den Vorschriften der Art. 111, 117 ff. 137 H.-G.-B. anzusehen sei. [1]) Die Rechtsfähigkeit der einzelnen Gesellschaften ist jedoch noch in neuerer Zeit wieder verteidigt worden, und selbst diejenigen Schriftsteller, welche die juristische Persönlichkeit der einen Gesellschaft leugnen, erkennen sie bei der andern an. [2]) Der Grund ist der, dass die Auffassung, diese Gesellschaften seien nicht Rechtssubjekte zu grossen Schwierigkeiten führt und in ihren Consequenzen kaum durchzuführen ist.

Wenden wir uns zunächst der Untersuchung der rechtlichen Stellung der offenen Handelsgesellschaft zu, so ist man vor die Alternative gestellt, entweder die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft und damit die Parteifähigkeit derselben anzuerkennen,

---

vor § 50 I, bezüglich der Gesellschaften 2, 8 und 10; Cosack, Handelsrecht, § 91, 99, 101; 3—6 Mandry, Civilrechtlicher Inhalt, p. 123 ff., 133 ff. An-, scheinend anderer Ansicht ist Planck I, p. 210, welcher die unter 2., 3., 4., 5., 6., 8. genannten Genossenschaften Gesellschaften, Kassen als Gebilde bezeichnet, die zwar der Rechtsfähigkeit oder juristischen Persönlichkeit entbehren, denen aber die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden, kraft positiven Rechts beigelegt sei.

1) Vergleiche die bei Behrend, Lehrbuch I, p. 443 und Petersen bei Busch, XVIII, p. 56 cit. Entscheidungen.

2) So Staub bezügl. der Commanditgesellschaft auf Aktien. Comm. §§ 2 u. 3 zu § 173 H.-G.-B.

oder anzunehmen, dass die Parteien im Rechtstreit die einzelnen Gesellschafter sind, obgleich in der Klage und im Urteil nur die Firma aufgeführt ist. Damit wird abgelehnt, sowohl die in Entscheidungen des Reichsgerichts verbreitete Ansicht, [1]) dass die offene Handelsgesellschaft zwar nicht juristische Person, wohl aber ein besonderes Rechtssubjekt sei und z. B. Eigentum an dem Gesellschaftsvermögen und Gläubigerrechte habe, als auch die Meinung, dass der offenen Handelsgesellschaft zwar nicht juristische Persönlichkeit zukomme, aber trotzdem Partei in ihren Prozessen sei, weil das Gesetz in Art. 111 H.-G.-B. ihr Parteifähigkeit zuschreibe. [2])

Mit der Annahme der Gesellschaft als eines besonderen Rechtssubjekts ist übrigens die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft zugestanden und nur die Bezeichnung der Gesellschaft als juristische Person verworfen. Was ferner insbesondere die letztere weit verbreitete Ansicht betrifft, so ist es klar, dass ihre Vertreter nicht von dem hier festgehaltenen Begriff der Parteifähigkeit ausgehen. Man müsste dann auch annehmen, dass einem Personenverband, welcher überhaupt nicht Rechte und rechtliche Verpflichtungen haben kann, im Prozess die streitigen Rechte zu- und aberkannt werden. Ist dies aber unmöglich, so ist der Personenverband auch nicht Partei, denn im Gesellschaftsprozess sind diejenigen Parteien, deren Rechte im Streit sind und denen diese Rechte auch zu- und aberkannt werden. [3]) Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die offene Handels-

---

1) Vgl. Petersen bei Busch XVIII, p. 56. Insbesondere Entscheidungen des Reichsgerichts XVI, p. 17; XXV, p. 256.

2) Vgl. Behrend, Lehrb. I, p. 445, Anm. 4a und p. 525 ff., von Hahn, Comm. zu H.-G.-B., Art. 117 § 3; Sommer bei Gruchot XXX, p. 360, und die von Wach bei Busch IX, p. 433 ff. cit. Litteratur; Gaupp I. Vorbem. zu § 50 II, nimmt bei diesen Gesellschaften juristische Persönlichkeit an. Auch Petersen scheint dieser Ansicht zuzuneigen, Comm. 1, p. 122. Unter den Commentatoren der C.-P.-O. vertreten die oben erwähnte Ansicht hauptsächlich Wilmowski-Levy, N. 1 zu § 56, Struckmann-Koch, N. 2 zu § 59.

3) Vgl. gegen diese Ansicht auch Wach, Handbuch I, p. 523—525, und bei Busch IX, p. 437, 438 sub. II, sowie die von Petersen bei Busch XVIII, p. 59 cit. Litteratur.

gesellschaft zweifellos eine gewisse juristische Selbständigkeit besitzt (vgl. 111, 117, 137, H.-G.-B.); und aus dieser Selbständigkeit für den Prozess gefolgert wird, dass das die Gesellschaft verurteilende Erkenntnis nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann, und um zu einer Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft zu gelangen es einer selbständigen Klage, welche allerdings mit der Klage gegen die Gesellschaft verbunden werden kann, bedarf. Eine weitere Folgerung, welche aus dieser juristischen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens gemacht wird, ist die, dass der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage nicht eine den Gesellschaftern persönlich zustehende Einrede z. B. die Compensationseinrede entgegen gesetzt werden könne. Erkennt man jedoch in dieser juristischen Selbständigkeit nicht wirklich juristische Persönlichkeit, nimmt man nicht an, dass das von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschaften getrennte Gesellschaftsvermögen einer juristischen Person gehöre, so bleibt nur noch übrig, die Gesellschafter als die Inhaber der unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft erworbenen Rechte und eingegangenen Verbindlichkeiten und als die Kläger und Beklagten im Prozess zu betrachten, somit die Firma als abgekürzte Bezeichnung der Gesellschafter anzusehen. Nimmt man aber letzteres an, so ergeben sich für den Gesellschaftsprozess sofort eine Menge von Schwierigkeiten. Zunächst erhebt sich die Frage, welche Gesellschafter die Parteien sind, ob diejenigen die Parteien im Gesellschaftsprozess bleiben, welche die Klage erhoben haben und verklagt worden sind, oder ob es die jeweiligen Gesellschafter sind, wie vielfach angenommen wird. Tritt eine Person, welche zur Zeit, der Klagerhebung Mitglied war, während des Prozesses aus der Gesellschaft aus d. h. setzen die Gesellschafter auf Grund der nach Art. 127 H.-G.-B. zulässigen Vereinbarung die Gesellschaft fort, so wird man dennoch ihre Parteieigenschaft als fortdauernd annehmen müssen, obgleich sie nunmehr jede Einwirkung auf den Prozess verloren haben. Es gilt auch hier der Satz, dass der Ausscheidende an allen unerledigten Rechtsverhältnissen der offenen Handelsgesellschaft beteiligt bleibt. [1]) Dagegen wird man nicht

1) Vgl. Sommer bei Gruchot XXX, p. 361—364.

annehmen können, dass der in die Gesellschaft Eintretende dadurch, dass er mit den andern socii einen Societätsvertrag abschliesst, Partei wird; denn in der Regel ist nur derjenige Partei, der die Klage erhebt und gegen den sie erhoben wird. Auch liegt keiner der Fälle vor, in welchen der Eintretende mit dem Eintritt in den Prozess die Parteirolle erhält. [1]) Es ist dies wie Eccius (bei Gruchot XXX p. 462) bemerkt auch darum zu verwerfen, weil das Eintreten des neuen Gesellschafters in den Prozess ohne einen äusserlich erkennbaren prozessualen Akt ipso iure stattfinden soll. Der Umstand, dass dieser Gesellschafter mit seinem Eintritt zugleich die Haftung für alle von der Gesellschaft von seinem Eintritt eingegangen Verbindlichkeiten übernimmt, kann ihm die Parteirolle nicht verschaffen. [2]) Ist aber der neue Gesellschafter nicht Partei, so wirkt das Urteil im Prozess weder für noch gegen ihn, die Vollstreckung kann aber auch nicht in das ihm mitgehörende Gesellschaftsvermögen stattfinden. Wenn man der Ansicht ist, dass das Urteil nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar ist und es zur Exekution in das Privatvermögen der Gesellschafter einer neuen Klage bedarf, so könnte dieses Urteil auch nicht die Grundlage für die neue Klage gegen den Gesellschafter sein; noch weniger könnte ein vor dem Eintritt des Geesellschafters ergehendes Urteil Wirkung gegen ihn gewinnen. Daraus würde sich also ergeben, dass die Zwangsvollstreckung zwar gegen den ausgetretenen Gesellschafter, somit einen Nichtgesellschafter, nicht aber gegen den neu eingetretenen Gesellschafter bewirkt werden kann, obgleich nur die Gesellschaft verklagt ist, was nicht zu rechtfertigen ist.

Geht man von dem Standpunkt aus, dass die Gesellschafter Streitgenossen sind, so ist auch die vom Reichsoberlandesgericht und Reichsgericht vertretene Annahme nicht haltbar, dass die Zwangsvollstreckung nur in das Gesellschaftsvermögen zu bewirken

---

1) Vgl. Gaupp I, Vorbem. vor § 50, Anm. 25 a. A. Sommer bei Gruchot XXX, p. 358—361, insbesondere p. 360. Vgl. letzteren auch über den Fall, in dem nur ein Gesellschafter nach dem Austritt der andern noch übrig bleibt, a. O., p. 365 ff.

2) Wie Wach I, p. 531 behauptet.

ist und es zur Exekution in das Privatvermögen der Gesellschafter einer neuen Klage bedarf. Diese Auffassung hat eine gewisse Berechtigung, wenn man die Gesellschaft als die Prozesspartei ansieht, nicht aber die Gesellschafter. Einer actio iudicati zwecks Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter muss die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen,[1]) denn die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage ist immer in Wirklichkeit gegen die Gesellschafter gerichtet.

Es muss ferner als ausgeschlossen erscheinen, dass ein Gesellschafter als Nebenintervenient im Gesellschaftsprozess auftreten kann. Merkwürdigerweise hat aber dies das Reichsgericht[2]) zugelassen, während doch niemals Prozesspartei und Nebenintervenient dieselbe Person sein können. Das Reichsgericht hat in diesem Erkenntnis angenommen, dass die Gesellschafter im Prozess die Parteien seien. Dagegen seien sie hinsichtlich des Privatvermögens einerseits nicht mitbelangt, andererseits aber werde durch die Feststellung der Gesellschaftsschuld auch eine persönliche Forderung gegen die Gesellschafter festgestellt. Daher seien sie bezüglich der Gesellschaftsschuld formell Dritte. Dass dies Urteil sich in Widersprüche verwickelt, erkennt man auf den ersten Blick. Ist der Gesellschafter bezüglich der Gesellschaftsschuld Partei, so kann er nicht zugleich Dritter sein. Auch wenn man der Ansicht des Reichsgerichts, dass im Gesellschaftsprozess der Angriff sich nur gegen das Gesellschaftsvermögen richte, zustimmt, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass der Gesellschafter nicht Partei sein. Wer sollte es auch sein, wenn die Gesellschaft nicht juristische Person ist?

Der Gesellschafter kann also niemals Nebenintervenient sein, so hart diese Consequenz im einzelnen für die Beteiligten sein mag. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich bezüglich der Vertretung im Prozess und der Eideszuschiebung. Was die Vertretung betrifft, so ist es sehr bestritten, ob sämtliche Gesellschafter

---

1) Vgl. Wach I, p. 524, 526—528; auch Sommer bei Gruchot XXX, 373 und dazu § 126 u. 129 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897.

2) Entscheidungen V, p. 69 ff.

die Vertreter der Gesellschaft sind oder nur die firmierenden Gesellschafter. Ersteres wird von Wach[1]) und Planck[2]) verteidigt.

Letzteres ist der Standpunkt des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts. So werden in einer Entscheidung [3]) die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft genannt. Nun aber sind doch die Gesellschafter zweifellos prozessfähig und es ist damit die Frage berührt, ob es eine gesetzliche Vertretung prozessfähiger Personen im Civilprozess giebt, bezüglich welcher bisher noch keine Einigung zustande gekommen ist. Was die Parteieide betrifft, so ist in früheren Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts angenommen, dass der Eid sämtlichen Personen, welche zur Zeit der Eidesleistung Gesellschafter sind und von diesen, nicht von den firmierenden Gesellschaftern zu schwören sei. Diese Ansicht wurde später aufgegeben. Neuerdings hat das Reichsgericht die Meinung angenommen, dass der Eid nur den zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschaftern zuzuschieben und von diesen zu leisten sei, welche damit begründet wird, dass die Eidesweigerung wie die Eidesleistung einen Dispositionsakt enthalte, zu welchem nur jene berechtigt seien.

Demgemäss würde auch in dieser Beziehung der Grundsatz, dass als Parteien die Gesellschafter zu betrachten sind, in seinen Consequenzen eine Einschränkung erfahren. Denn Eide sind, wenn man von dem Ausnahmsfall des § 435 C.-P.-O. absieht, den Parteien zuzuschieben und von diesen zu leisten. Die Ansicht des Reichsgerichts dürfte sich übrigens nach den Ausführungen von Wach [4]) als unrichtig erweisen, wenn man die Gesellschafter als Parteien betrachtet. Befindet sich ferner die Gesellschaft in Liquidation, so wird sie gesetzlich von Liquidatoren (Art. 137 H.-G.-B.) vertreten. Sind nun die Gesellschafter Partei, so sind sie unfähig, als Zeugen vernommen zu werden, sie haben aber auch nicht die

1) Handb. I, p. 531.
2) Lehrb. I, p. 211, Anm. 12.
3) R.-G. XIV. p. 20.
4) Bei Busch IX, p. 433 ff.

Parteieide zu leisten, obwohl sie Parteien sind, sondern die Liquidatoren. Hienach läge der Fall vor, dass eides- und zeugnisfähige Personen in ihren Prozessen weder als Zeugen vernommen werden können noch die Parteieide zu leisten haben.

Endlich mag noch die Thatsache erörtert werden, welche schon vielfach für die Construktion der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person verwertet worden ist, dass nämlich der Gesellschafter, wie er zugleich Gläubiger und Schuldner in einer Person sein müsste (Art. 93 H.-G.-B.), im Prozess zugleich Kläger und Beklagter wäre.

Überblickt man nun die erörterten Schwierigkeiten, die es unmöglich machen, die Ansicht, dass die Gesellschafter die eigentlichen Parteien der Gesellschaftsprozesse seien, konsequent durchzuführen, so wird sich die Frage erheben, ob sich nicht auf die eine oder andere Weise diese Schwierigkeiten überwinden lassen. Dies kann dadurch geschehen, dass man juristische Persönlichkeit der Gesellschaft annimmt, eine Ansicht, die neuerdings wieder lebhaft verteidigt worden ist. [1])

Für die Beurteilung dieser Frage ist auch darauf Gewicht zu legen, dass nach unserer Auffassung die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden, identisch ist mit der Parteifähigkeit, und dass bei allen den Gesellschaften, welche oben unter 2—10 erwähnt worden sind, die Rechtsfähigkeit fast allgemein anerkannt worden ist. Wenn nun allen diesen Gesellschaften die Fähigkeit als solche zu klagen und verklagt zu werden, verliehen ist, so liegt es nahe, bezüglich der offenen Handelsgesellschaft dieselbe Stellung im Prozess anzunehmen, die jenen Gesellschaften zukommt. Denn auch sie besitzt gemäss Art. 111 H.-G.-B. die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden. Wird nun ihre Parteifähigkeit nicht geleugnet, so ist nach dem oben Ausgeführten ihr auch Rechtsfähigkeit zuzuerkennen.

Es erübrigt noch hieraus die Consequenzen für den Prozess

1) Vgl. Eccius, Zeitschrift für Handelsrecht XXXII, p. 1 ff.; Thiele Civ.-Arch. 82, p. 55 ff., und bezügl. der früheren Vertreter dieser Ansicht Sommer bei Gruchot XXX, p. 372.

zu ziehen. In Prozessen der Gesellschaft ist nur diese Partei, eine Änderung in der Person der Mitglieder der Gesellschaft (Eintritt, Austritt) ist daher ohne Belang, denn diese klagen nicht und werden nicht verklagt. Ein gegen die Gesellschaft erwirkter vollstreckbarer Titel bleibt in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar, ob nun die Mitglieder in der Zeit von der Klagerhebung bis zur Urteilsfällung oder noch später sich geändert haben. Änderungen in der Firma der offenen Gesellschaft sind gleichfalls unwesentlich; in Betracht kommen lediglich Änderungen bezüglich der Gesellschaft selbst. Nach Auflösung der Gesellschaft tritt die Gesellschaft in Liquidation an ihre Stelle. Dies ist keine andere Gesellschaft. Durch die Auflösung wird nur die Vertretung der Gesellschaft geändert; somit bewirkt die Auflösung der Gesellschaft nicht Fortfall der Partei wie Wach [1]) behauptet.

Wie steht es nun aber mit den noch unerledigten Prozessen, wenn vor der Urteilsfällung die Liquidation eintritt oder wenn ein Socius, ohne dass eine Liquidation eintritt, die Passiva und Aktiva übernimmt? Hierüber ist Folgendes zu bemerken. Die Gesellschaft unterliegt auch nach der Auflösung bis zur Beendigung der Auseinandersetzung den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Sätzen. Sie ist, wie das Reichsgericht [2]) sagt, die Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens bis zur Beendigung der Liquidation. Sie ist daher nach wie vor als juristische Person zu behandeln. Ihre gesetzlichen Vertreter sind nunmehr die Liquidatoren, diese haben die laufenden Geschäfte zu erledigen; zu denselben gehört auch ein Prozess gegen die Gesellschaft oder für die Gesellschaft. Das Urteil ist gegen die Liquidationsfirma zu erlassen. Es ist somit eine vollständige Auseinandersetzung ohne Erledigung des Prozesses nicht denkbar, denn die Liquidatoren haben gemäss Art. 137 H.-G.-B. die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, natürlich auch für den Fall, dass dieselben erst nach Auflösung der Gesellschaft festgestellt werden, während sie vorher zweifelhaft waren.

1) Handbuch I, p. 524.
2) E. R.-G. 25, p. 256.

Es kann aber auch Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation stattfinden. Denn die Liquidation ist nur die dispositiv angeordnete gesetzliche Folge der Auflösung. Vielfach beseitigen die Gesellschafter die bestehende Gemeinschaft dadurch, dass einer derselben Aktiva und Passiva übernimmt und das Geschäft unter Beibehaltung oder Änderung der Firma fortführt. Damit ist die Gesellschaft zwar beendigt, d. h. die produktive Seite der Gesellschaft hört auf, die Selbständigkeit des Vermögens aber sowie die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bleiben bestehen wie bei nachfolgender Liquidation. Für diesen Fall haben die Art. 127, 130, 131 H.-G.-B. analoge Anwendung zu finden; es findet unter Ausschluss der Liquidation Abwicklung der gemeinschaftlichen Verhältnisse wie der laufenden Geschäfte unter den bisherigen Gesellschaftern statt.

Der Unterschied von der oben erörterten Abwicklung der Gesellschaftsangelegenheiten durch Liquidatoren ist nur der, dass die Gesellschafter selbst nach ihrem eigenen Ermessen die laufenden Geschäfte erledigen. Hier wie dort ist aber die aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend zu behandeln, also auch bezüglich der noch nicht beendigten Prozesse. Die bisherigen Vertreter haben die Gesellschaft zu vertreten, das Urteil ergeht gegen sie, als ob sie noch bestände.[1]) Der die Aktiva und Passiva Übernehmende kann nicht als Universal-Nachfolger der juristischen Person betrachtet werden, gegen den der Prozess weiterzuführen wäre. Er ist blosser Singularnachfolger und kann daher nur im Einverständnis mit dem Gegner an Stelle des Rechtsvorgängers die cedierte Forderung als Hauptpartei geltend machen (§ 236 C.-P.-O.).

Handelt es sich um eine übernommene Gesellschaftsschuld, so ist, da § 236 C.-P.-O. keine Anwendung findet, keine Möglichkeit für den Übernehmer vorhanden, in den anhängigen Prozess einzutreten, selbst wenn er die Schuld dem Gläubiger gegenüber übernommen hat. Scheiden sämtliche Mitglieder aus, bis auf eines, so ist das Ende der juristischen Person trotz l. 7, § 2, D. 3, 4

1) Vgl. Sommer bei Gruchot XXX, p. 368 ff., 371; Thiele, Civ.-Arch. 82, p. 63.

anzunehmen, da für die offene Gesellschaft Voraussetzung ihres Entstehens und Bestehens die Vereinigung mehrerer Personen ist. (Art. 85 H.-G.-B.). Die Gesellschaft wird auch hier als bis zur völligen Auseinandersetzung, fortbestehend gedacht. Der allein übrig bleibende Gesellschafter tritt nicht etwa an Stelle der Gesellschaft, er hat als der gesetzliche Vertreter der als fortbestehend gedachten Gesellschaft den Prozess weiterzuführen.[1]) Eine Unterbrechung des Prozesses kann nicht in Betracht kommen.

Die offene Handelsgesellschaft ist als juristische Person prozessunfähig und muss daher durch gesetzliche Vertreter im Prozess handeln. Dies sind die zur Vertretung befugten Gesellschafter, deren Vertretungsbefugnis im Prozess gemäss § 54 C.-P.-O. der amtlichen Prüfung unterliegt. Man ist daher nicht gezwungen anzunehmen, dass der einzelne geschäftsführende Gesellschafter gesetzlicher Vertreter seiner selbst und der anderen Gesellschafter sei.

Eine weitere Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist, dass das einzelne Mitglied der Gesellschaft sowohl Zeuge als Nebenintervenient im Gesellschaftsprozess sein kann. Der Gesellschafter ist zwar zweifellos am Ausgang des Rechtsstreits beteiligt, allein er kann gemäss § 358 C.-P.-O. trotzdem als Zeuge vernommen werden, wenn auch zunächst unbeeidigt. Seine Beeidigung kann übrigens nachträglich stattfinden. Auch Nebenintervenient kann der nicht zur Vertretung zugelassene Gesellschafter werden. Zwar bewirkt die Zugehörigkeit zu einer Korporation allein niemals das Recht in Prozessen derselben als Nebenintervenient aufzutreten, weil es an dem rechtlichen Interesse an dem Obsieg der Partei fehlt, indem das Urteil den Korporationsmitgliedern gegenüber nicht rechtskräftig wird. Allein auf Grund der Art. 112 H.-G.-B. gilt für die offene Handelsgesellschaft eine Ausnahme.

Das über eine Gesellschaftsschuld gegen die offene Handelsgesellschaft erlassene Urteil kann wirksam werden gegen die einzelnen Gesellschafter, sie sind daher interventionsberechtigt.

1) Thiele, l. c.

Die Intervention der Gesellschafter ist eine selbständige im Sinne des § 66 C.-P.-O. Dies giebt auch Eccius zu;[1]) er weist jedoch dem nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter insofern eine eigentümliche Stellung zu, als derselbe trotzdem Prozesshandlungen gegen den Widerspruch der unterstützten Partei nach Eccius' Meinung nicht vornehmen darf, weil dieser Nebenintervenient gemäss § 66 C.-P.-O. als Streitgenosse i. S. d. § 58 C.-P.-O. zwar völlig unabhängig von der Hauptpartei sei, jedoch, wie § 58 vorschreibe, nur soweit aus dem bürgerlichen Recht oder der C.-P.-O. nicht etwas anderes sich ergäbe. Da nun das Handelsgesetzbuch das Prinzip enthalte, dass die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter in keiner Weise die Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschaft beeinflussen dürfen, so sollen diese Gesellschafter als Nebenintervenienten niemals sich in Widerspruch mit den Erklärungen der Partei setzen dürfen. Allein es wird sich fragen, ob man sie dann noch als Nebenintervenienten im Sinne des § 66 ansehen darf. Zwar würde auch da noch ein Unterschied zwischen der Stellung des selbständigen Intervenienten und des gewöhnlichen Intervenienten bestehen, sofern Eide ihm zugeschoben und an ihn zurückgeschoben werden können. (§ 414 C.-P.-O.) Allein auch durch die Annahme, Verweigerung des Eides, Nichterklärung auf den Eid kann zweifellos der Prozess und damit auch das streitige Rechtsverhältnis der offenen Handelsgesellschaft beeinflusst werden. Der Grund, weshalb der Nebenintervenient in diesen Fällen als Streitgenosse gilt, ist der, dass das Rechtsverhältnis, um das es sich handelt, zugleich sein Rechtsverhältnis ist. Darum soll er auch Prozesshandlungen gegen den Widerspruch der Partei vornehmen können. Dieser Grund liegt aber auch beim intervenierenden Gesellschafter vor (Art. 112 H.-G.-B.) und trotzdem soll ihm im wesentlichen nur die Rechtsstellung der Nebenintervenienten des § 64 C.-P.-O. zukommen. Dies wird nicht festgehalten werden können. Wenn der Gesellschafter, der von der Vertretung ausgeschlossen ist, nicht das streitige Rechtsverhältnis beeinflussen darf, so darf er es auch nicht durch Annahme eines Eides

1) Zeitschrift für Handelsrecht XXXII, p. 16 f.

u. s. w. thun. Findet aber auch § 414 C.-P.-O. auf ihn nicht Anwendung, so ist im wesentlichen seine Stellung die des Nebenintervenienten im S. d. § 64 C.-P.-O. Kann nun das von Eccius erwähnte Prinzip des H.-G.-B. im Prozess in der genannten Beziehung nicht durchgeführt werden, so muss man dem intervenierenden Gesellschafter im allgemeinen auch gestatten, Prozesshandlungen gegen den Widerspruch der Partei rechtswirksam vorzunehmen. Übrigens kann der Nebenintervenient i. S. d. § 66 keine Disposition über den Prozessgegenstand vornehmen, und damit ist eine wesentliche Beeinflussung der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft durch den Intervenienten verhindert.

Wem die Eide zuzuschieben sind und wer sie zu leisten hat, kann bei der Annahme der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person nicht zweifelhaft sein. Es sind die zur Vertretung berufenen Gesellschafter gemäss § 435 C.-P.-O., da diese als die gesetzlichen Vertreter einer prozessunfähigen Person anzusehen sind — selbstverständlich die zur Zeit, wo die Eidesleistung erfolgen soll, — vertretungsberechtigten Gesellschafter.

Ein gegen die offene Handelsgesellschaft ergangenes Urteil wird nur gegen diese rechtskräftig und vollstreckbar, obgleich nach Art. 112, 113 H.-G.-B. für die festgestellte Gesellschaftsschuld die einzelnen Gesellschafter haften. Es bedarf einer neuen Klage, wenn die Vollstreckung in das Vermögen der einzelnen Gesellschafter zu bewirken ist. Die Zwangsvollstreckung gegen die offene Handelsgesellschaft kann bis zur Auseinandersetzung stattfinden, also auch dann noch, wenn die Gesellschaft zwar aufgelöst ist, aber die Liquidationsfirma noch fortbesteht. Wie ist es aber, wenn eine Liquidation nicht stattfindet?

Kann das Urteil in diesem Fall in Ermangelung von Aktivvermögen nicht mehr gegen die Gesellschaft vollstreckt werden, so ist eine neue Klage gegen die einzelnen Gesellschafter erforderlich. Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil bildet aber die Grundlage für die Klage im neuen Prozess; denn, da gemäss Art. 112, 113 H.-G.-B. für jede Gesellschaftsschuld sämtliche Gesellschafter, welche zur Zeit der Entstehung der Gesellschaftsschuld Gesellschafter waren, bezw. später in die Gesellschaft ein-

getreten sind, haften, so genügt es zur Darlegung der Verbindlichkeit der Gesellschafter, welche zur Zeit des Urteils Gesellschafter waren oder es später geworden sind, sich auf dieses Urteil zu berufen. Bezüglich der Feststellung der Verbindlichkeit der Gesellschafter, welche vor der Fällung des Urteils ausgetreten sind, muss auf die Entstehung der Forderung gegen die Gesellschaft zurückgegriffen werden.[1]) Umgekehrt wirkt ein Urteil, durch welches die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft abgewiesen wird, weil eine Gesellschaftsschuld nicht besteht, zu Gunsten aller persönlich haftenden Gesellschafter.[2])

Ist das Urteil für die Gesellschaft als Gläubigerin ergangen, so ist, wenn die Auseinandersetzung erfolgt ist, welche eine Rechtsnachfolge begründet, gemäss § 665 eine neue Vollstreckungsklausel erforderlich. Dasselbe ist der Fall, wenn ein Gesellschafter Aktiva und Passiva übernimmt.

Da das Urteil nur Rechtskraft wirkt für und gegen die Gesellschaft, so kann aus demselben den Gesellschaftern die Einrede der Rechtskraft nicht zu oder entgegenstehen.

Was schliesslich etwaige Einwendungen gegen die Gesellschaftsschuld betrifft, so ist zweifellos, dass gegen dieselbe nicht Einreden, welche in dem persönlichen Verhältnis des Klägers zum Gesellschafter begründet sind, gebraucht werden können. Letztere können der Klage gegen die Gesellschafter entgegengestellt werden, sowie noch in der Zwangsvollstreckungsinstanz bei der Vollstreckung in das Privatvermögen auf Grund § 686 C.-P.-O. geltend gemacht werden.

Von Gesellschaften, welche als solche klagen und verklagt werden können, sind weiter noch zu erwähnen, die Commanditgesellschaft und die Commanditgesellschaft auf Aktien.

Die Commanditgesellschaft ist vom Gesetz als modificierte offene Handelsgesellschaft gedacht und zwar unterscheidet sie sich von derselben durch die beschränkte Haftung der Commanditisten. Betrachtet man die offene Handelsgesellschaft als juristische Per-

1) Vgl. Eccius, Zeitschrift für Handelsrecht XXXII, p. 14.
2) Vgl. Eccius, Zeitschrift für Handelsrecht XXXII, p. 15.

son, so liegt auch bezüglich der Commanditgesellschaft kein Grund vor, deren Rechtspersönlichkeit zu leugnen. Was die rechtlichen Consequenzen dieser Ansicht betrifft, so gilt auch hier, dass die Existenz der Gesellschaft von dem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig ist (vgl. Art. 170, Abs. 2) und dass die zur Vertretung nicht befugten Gesellschafter (Commanditisten) Zeugen und Nebenintervenienten in Prozessen der Gesellschaft sein können. Die Gesellschaft wird vor Gericht von den Complementaren vertreten (Art. 167 H.-G.-B.); diesen sind die Eide zuzuschieben und von diesen zu leisten. Ebenso gilt auch das oben bezüglich der offenen Handelsgesellschaft über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Urteile und über die gegen die Gesellschaftsforderung zulässigen Einreden Gesagte. Bezüglich der Veränderungen in der Gesellschaft selbst gilt ganz das oben Erwähnte, da gemäss Art. 170 ff. H.-G.-B. lediglich die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft zur Anwendung kommen.

Die Aktien-Commanditgesellschaft ist eine Unterart der Commanditgesellschaft. Erachtet man diese als eine juristische Person, so ergiebt sich schon hieraus, dass auch die juristische Persönlichkeit der Aktien-Commanditgesellschaft anzunehmen ist. Die Consequenzen dieser Ansicht sind dieselben wie bei der Commanditgesellschaft. Insbesondere mag, worauf Staub[1]) hinweist, erwähnt werden, dass man nicht genötigt ist, den, der eine Aktie der Aktiencommanditgesellschaft erwirbt, vom Zeugnis in Prozessen der Gesellschaft zurückzuweisen. Auch als Nebenintervenienten können die Commanditisten auftreten. Die Complementare vertreten die Gesellschaft gemäss Art. 196 H.-G.-B. vor Gericht, als gesetzliche Vertreter sind sie vom Zeugnis wie von der Nebenintervention ausgeschlossen. Ihnen sind die Eide zuzuschieben und von ihnen zu leisten. Auch bezüglich dieser Gesellschaft gelten gemäss Art. 200 die Art. 123—129 H.-G.-B. Hier wie bei der offenen Handelsgesellschaft ist die regelmässige Folge der Auflösung die Liquidation (Art. 205—206). Über die Wirkungen der Auflösung

1) Commentar, § 3 zu § 173 H.-G.-B.

auf die anhänglichen Prozesse der Gesellschaft ist nichts besonderes zu bemerken.

Die Fähigkeit als solche zu klagen und verklagt zu werden, wird von Rintelen[1]) auch der stillen Gesellschaft zugeschrieben. Dies ist ganz unzutreffend. Die stille Gesellschaft tritt nach aussen überhaupt nicht hervor. Der Complementar tritt allein für sich unter seinem eigenen Namen auf, er allein hat eine Firma, er ist Eigentümer des Gesellschaftsvermögens, er ist Partei in den Prozessen, die die Gesellschaft angehen, nicht Vertreter der stillen Gesellschaft, wie Rintelen behauptet.

Die bisher erwähnten Fälle geben somit keine Veranlassung, einen formellen Parteibegriff aufzustellen und eine formelle Parteifähigkeit von Personenverbänden anzunehmen.

Nun ist aber im Gebiet des allgemeinen Rechts der Grundsatz in zahlreichen Entscheidungen zur Anerkennung gelangt, dass Vereine der verschiedensten Art, auch wenn sie nicht juristische Personen sind, in ihrer Eigenschaft als Vereine klagen und verklagt werden können.[2]) Diese Vereine erscheinen ausschliesslich im Prozess, sie, nicht die Vereinsgenossen, werden in Klage und Urteil bezeichnet. Der Wechsel der Vereinsmitglieder ist ohne Einfluss auf den Prozess, die Zwangsvollstreckung findet nur in das gesellschaftliche Sondervermögen, das sog. Vereinsvermögen, statt. All' dies findet regelmässig seine Erklärung und Rechtfertigung dadurch, dass in diesen Fällen eine Verbindlichkeit für die einzelnen Mitglieder nur insoweit eingegangen wird, als das Vereinsvermögen in Frage kommt, somit eine beschränkte Haftung der Vereinsgenossen anzunehmen ist: diese haften nur mit ihren Beiträgen, welche zusammen das sog. Vereinsvermögen ausmachen.

Erscheint es nun gerechtfertigt, wenn wir diese Wirkungen welche übrigens bestritten sind, als gegeben annehmen, von einer formellen Parteifähigkeit dieser Vereine zu reden? Wie zweifel-

---

1) Die systematische Darstellung des gesamten neuen Prozessrechts, p. 409, § 107.

2) Vgl. Wach, Handbuch I, p. 522, Anm.

los ist, können auch in diesen Fällen nur die einzelnen Mitglieder des klagenden und verklagten Vereins als Parteien angesehen werden. Demnach würden wir bei Bejahung dieser Frage zu der Annahme gedrängt, dass der parteifähige Verein, wenn er klagt oder verklagt wird, trotz seiner Parteifähigkeit nicht Partei ist. Es ist daher eine Parteifähigkeit dieser Vereine nicht anzuerkennen. Es ist an dem Satz festzuhalten, dass es auch parteifähige Vereine nicht giebt, die, wenn sie verklagt werden, nicht Parteien sind. — Die hauptsächlichsten Consequenzen sind folgende: Wenn in den Prozessen des Vereins in Klage- und Urteil nur der Verein aufgeführt ist, so ist in dieser Bezeichnung doch nur die Summe der Mitglieder zusammengefasst. Diese sind die Parteien; sie können weder Zeugen sein, noch als Nebenintervenienten im Prozess des Vereins auftreten. Sie haben die Eide, die ihnen zuzuschieben sind, zu leisten und zwar wohl auch dann, wenn ein Vorstand aufgestellt ist, der die Geschäfte des Vereins zu führen hat. Denn es ist immerhin fraglich, ob auf diesen die Bestimmungen der C.-P.-O. über die „gesetzlichen Vertreter" ohne weiteres Anwendung finden können. Auch wenn man dem Vorstand, die Stellung des gesetzlichen Vertreters des Vereins, einräumt, wird die Parteistellung der Mitglieder dadurch selbstverständlich nicht berührt: er ist der gesetzliche Vertreter der Vereinsmitglieder. Die Mitglieder können auch nicht, wenn sie klagen oder verklagt sind, durch ihren Austritt aus dem Verein ohne weiteres aus dem Prozess ausscheiden. Bei Veränderungen, die in Beziehung auf die Mitglieder eintreten, kommen die Bestimmungen der §§ 217 ff. der C.-P.-O zur Anwendung. Das Urteil begründet Rechtskraft für und gegen die einzelnen Mitglieder.

Neben der formellen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, welche Wach ausführlich erörtert, sucht dieser Schriftsteller eine formelle Parteifähigkeit der Konkursgläubigerschaft zu begründen.[1]) Die Konkursgläubiger sind nach seiner Ansicht eine durch die Konkursordnung organisierte Personenmehrheit, ein

1) Handbuch I, p. 566, 590.

Prozesspersonenverein, welcher soweit die Einheit der rechtlichen Interessen der Konkursgläubiger besteht — und das ist vor allem in dem gesamten auf die ausgiebigste Feststellung und Liquidierung der Aktivmasse gerichteten Verfahren der Fall — einheitlicher Willensakte fähig und formell parteifähig ist, die Gläubigerschaft soll es auch sein, die der Konkursverwalter in den Anfechtungsprozessen vertritt.

Bei Prüfung der vorliegenden Frage ist zunächst zu untersuchen, ob die Konkursordnung überhaupt eine Konkursgläubigerschaft kennt. Durch das Konkursverfahren wird allerdings eine Interessengemeinschaft der Gläubiger begründet und die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuss sind die Organe, welche ihre Interessen vertreten. Der Konkursverwalter ist überhaupt nicht Organ einer Gläubigerschaft. Dagegen spricht, dass er nicht unbedingt den Anweisungen des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung Folge zu leisten hat. Allein diese thatsächliche Gemeinschaft vermag noch nicht die Annahme einer Gläubigerschaft als einer organisierten Einrichtung zu begründen. Der Konkursordnung ist eine solche vielmehr unbekannt. Wie es an jeder Veranlassung fehlt, die Gläubigerschaft als Rechtssubjekt aufzufassen, so kann ihr auch nicht eine von der Rechtssubjektivität unabhängige Parteifähigkeit zugeschrieben werden. Da der Cridar nach wie vor Eigentümer seines Vermögens bleibt, so würde es den Personenvereinen an einem Vermögen fehlen, das gegenüber dem der Vereinsgenossen formal selbständig ist.

Dadurch würde er sich wesentlich von den anderen Vereinen unterscheiden. Nun ist aber doch die Annahme eines gegenüber dem Vermögen der Mitglieder formal selbständigen Vermögens der Gesellschaft, die Grundlage, auf die sich die formale Parteifähigkeit der Gesellschaft stützt, da der Gesellschaftsprozess zunächst nur auf dieses Vermögen Bezug hat. Diese Thatsache steht der Annahme entgegen, dass es neben den Konkursgläubigern ein von denselben zu unterscheidendes rechtliches Gebilde „die Gläubigerschaft“ gebe. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Konkursgläubiger den Gläubiger-

ausschuss und die Gläubigerversammlung zu Organen haben; denn diese sind eben Organe der einzelnen Gläubigern nicht der Gläubigerschaft und wenn auch alle dieselben Organe haben, so genügt dies allein nicht, ein rechtlich selbständiges Gebilde der Gläubigerschaft anzunehmen.[1])

Noch weniger lassen sich die Consequenzen der Annahme der Parteifähigkeit einer Konkursgläubigerschaft billigen, wie insbesondere Eccius ausgeführt hat. Erhebt z. B. der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft d. h. eines objektiv begrenzten, subjektiv aber ungewissen Kreises von Personen, welcher alle Konkursgläubiger nämlich sowohl diejenigen, welche einen begründeten Anspruch liquidieren können, als auch diejenigen, welche einen solchen liquidiert haben, umfasst, die Anfechtungsklage, so wäre im Falle des Unterliegens der Verein in die Kosten des Verfahrens zu verurteilen. Dieselben beizutreiben dürfte aber schwierig sein, weil es an einem selbständigen Vermögen der Gläubigerschaft fehlt, die Gläubiger aber selbst teilweise unbekannt sind. Führt der Konkursverwalter Prozesse für den Verein die nach Beendigung des Konkursverfahrens noch nicht beendigt sind, so sind dieselben gegen die Partei fortzusetzen, also da wohl der Verein mit dem Ende des Konkurs aufhört zu existieren, gegen die Vereinsgenossen, die jedoch teilweise gar nicht bekannt sind. Diese Consequenzen beweisen die Unmöglichkeit der Annahme eines Prozesspersonenvereins der Konkursgläubiger. Damit ist aber auch die Annahme der formellen Parteifähigkeit desselben ausgeschlossen.

§ 8.

Die beiden Parteirollen.

Aus der Natur des Civilprozesses als eines Parteikampfes[2]) ergiebt sich, dass im Prozess nur zwei Parteirollen vorkommen können, die des Angreifers und die des Angegriffenen. Der

1) Bei Gruchot XXX, 462 f.

2) Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, p. 8 ff., 101 ff.

Angegriffene kann sich gegen den Angriff verteidigen, er kann sich demselben auch unterwerfen.[1]) Die deutsche C.-P.-O. nennt diese Personen den Kläger und den Beklagten (z. B. §§ 30, 39, 73, 102, 231, 232; 235, 293 u. s. w. beziehungsweise den Gläubiger und Schuldner. (§§ 72, 632—638 ff. 650, 651, 652—671, 677, 798, 803, 809.) Will man nun eine Definition der Parteien geben, in welcher die Stellung der Parteien zum Ausdruck gebracht wird, so sind die Parteien als diejenigen Personen zu bezeichnen, von denen die eine Feststellung eines angeblich gegen den Gegner zustehenden bezw. Verneinung eines vom Gegner angemassten subjektiven Privatrechts begehrt, die andere diesem Begehren als der angegriffene Teil gegenübersteht. Zu eng dagegen ist die Definition des Klägers, als desjenigen, welcher angriffsweise einen materiellen Anspruch verfolgt.[2]) Durch die Klagerhebung werden die Parteirollen fixiert: Der Kläger bleibt während der ganzen Dauer des Prozesses Kläger, der Beklagte, Beklagter. Er kann also in diesem Kampf, weder sofort bei Beginn des Kampfes, noch später selbst zum Angriff übergehen, die Offensive ergreifen. Die Widerklage die er erheben kann, beginnt einen neuen Prozess mit umgekehrten Parteirollen. Anders war es im gemeinen Prozess bezüglich der actiones duplices. Hier fand keine strenge Scheidung der Parteirollen statt. Beide Parteien wurden trotz materieller Einheit des Rechtsstreits als Kläger und Beklagte zugleich betrachtet, beide konnten verurteilt werden.[3]) Dies ist mit § 279 C.-P.-O. nicht vereinbar. Der Beklagte kann nur dann nur zur Verurteilung des Klägers gelangen, wenn er Widerklage erhebt.[4]) Eigentümlich ist der

1) Man kann daher die Parteirollen nicht unterscheiden als die des Angreifers und des Verteidigers, wie es Wach I, p. 531 thut. Vgl. Kohler. Prozess als Rechtsverhältnis, p. 11.

2) Wetzell, p. 39.

3) Vgl. Wach I, p. 532. In der Definition Plancks (I, p. 206) ist der Beklagte der, welcher von dem Gericht die Aberkennung des vermeintlichen Rechts des Klägers verlangt und betreibt. Hiebei ist dem erwähnten Moment nicht Rechnung getragen, dass sich der Beklagte vollständig passiv verhalten kann.

4) So Gaupp I, Anm. I zu § 279. Anderer Ansicht Dernburg, Pand. I, § 132, Anm. 7.

Fall des § 72 C.-P.-O.; der nach Deposition des Streitgegenstands zwischen dem Intervenienten und dem bisherigen Kläger beginnende Streit um das Depositum ist als ein iudicium duplex aufzufassen, indem jeder gegen den andern auf Anerkennung des Rechts am Depositum klagt, beide verurteilt, beide abgewiesen werden können. Es hat also jeder die Rolle des Klägers und des Beklagten zugleich und doch würde man sich mit dem Wortlaut der C.-P.-O. in Widerspruch setzen, wenn man nicht annimmt, dass trotzdem nur Ein Prozess vorliegt. Denn diese sagt, dass der Rechtsstreit zwischen den streitenden Gläubigern allein über die Berechtigung der Forderung fortzusetzen sei.

Ohne Voraussetzung dieser beiden streitenden Teile lässt sich kein Rechtsstreit denken. Stehen mehrere streitende Teile in einem äusserlich als Einheit erscheinenden Verfahren einander gegenüber, so sind in einem solchen Fall der sog. Streitgenossenschaft, mag sie nun eine notwendige oder freiwillige sein, für die rechtliche Beurteilung immer soviel Rechtsstreite anzunehmen, als streitende Paare sich gegenüberstehen.[1])

Da wo gemeinschaftliche Rechte d. h. Rechte an Quoten derselben Sache in Frage stehen, kann der Berechtigte seine Ansprüche für diese Quote im Prozess geltend machen, für sich allein, bei mehreren Berechtigten und unteilbaren Ansprüchen macht jeder einen Anspruch auf das Ganze geltend. Eine Ausnahme ergiebt sich auch nicht, wie Wetzell annimmt, für die Teilungsklagen. Auch hier ist eine Mehrheit von Prozessen, nicht ein einziger Prozess anzunehmen, wenn Mehrere Auseinandersetzung der Gemeinschaft verlangen.[2])

Diese Ansicht ist von Weismann[3]) bekämpft worden.

Ein Fall der Streitgenossenschaft ist die Hauptintervention. Weismann sucht nun darzuthun, das die seit Plancks Untersuchungen unangefochtene Ansicht, die Hauptintervention

---

1) Planck I, p. 208; vgl. auch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht, insbes. p 403, 409, 417 f., 420, 428.

2) System, p. 41.

3) Hauptintervention und Streitgenossenschaft, insbes. p. 71 ff., 81 ff.

begründe zwei neue Prozesse, in welchen beiden der Hauptintervenient als Kläger erscheine und ihm in dem einen der Kläger, in dem andern der Beklagte des Erstprozesses gegenüberstehe, unhaltbar sei. Nach seiner Ansicht entsteht durch die Hauptintervention ein Rechtsstreit unter drei Parteien: der Satz, dass so viele Prozesse vorliegen, als Kläger und Beklagte ist unzutreffend. Es soll dies nicht stattfinden, abgesehen von der Hauptintervention, in den Fällen, in welchen zwar eine Mehrheit von Klägern und Beklagten vorhanden, aber einheitliche Entscheidung notwendig ist. Er ist der Ansicht, dass der Interventionsanspruch als einheitlicher Klageanspruch zu denken ist, nicht als Verbindung zweier Klagansprüche, somit als Ein Anspruch gegen zwei Beklagte. Diese Annahme ist unmöglich, wenn man von der allgemein angenommenen Definition [1]) des „Anspruchs“ ausgeht, wonach Anspruch die Befugnis einer Person ist von einer andern eine Leistung bestimmter Art zu verlangen ist, somit von einer Person gegen eine Person gerichtet ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Erfolg, auf den der Interventionsanspruch geht, ein unteilbarer, einheitlicher ist. Es ist Weismann nicht gelungen, seiner Ansicht Anerkennung zu schaffen, sie hat wenig Zustimmung gefunden. [2]) Dass ferner der Nebenintervenient nicht die rechtliche Stellung einer Partei einnimmt, wird in § 9 erörtert werden.

Eine einzige Person kann auch nicht beide Parteirollen übernehmen; denn obgleich die Thätigkeit der Parteien der Art nach dieselbe ist, insofern sie beiderseits den Prozessstoff dem Gericht vorlegen und Prüfung desselben durch das Gericht sowie Aburteilung verlangen, so geschieht dies doch in entgegengesetzter Richtung, weil in entgegengesetztem Interesse. Daraus folgt nicht nur, dass Kläger- und Beklagtenrolle nicht in einer Person vereinigt sein kann, sondern auch dass dieselbe Person nicht gleichzeitig Vertreter beiden Parteien sein kann, oder Partei

---

1) Dernburg, Pand. I, § 39. Vgl. B. G.-B. § 194.

2) Vgl. dagegen Kohler, Gesammelte Beiträge, p. 275; Planck I, p. 209; Hellmann, Lehrbuch, p. 231 ff.

und gleichzeitig Vertreter der andern Partei. So hat das Reichsgericht[1]) die Zustellung der Klage durch den Kläger an sich selbst als Vertreter des Beklagten für unzulässig erklärt.[2])

Des Weiteren sind auch die Prozesse zwischen den einzelnen stationes fisci ausgeschlossen, da diesselben keine besonderen Rechtssubjekte sind.[3])[4]) Eigentümlich ist der Fall, wenn der Gläubiger gemäss § 730 C.-P.-O. eine Forderung, die dem Schuldner gegen ihn selbst zusteht, pfänden und sich überweisen lässt. Dass dies statthaft ist, ist allgemein anerkannt.[5]) Diese Pfändung hat dieselbe Wirkung, wie eine Compensation. Tritt während des Prozesses ein Zusammenfallen der Rollen des Klägers und Beklagten ein, so erlischt der Prozess durch Confusion.

Ergebnis dieser Erörterung ist, dass in einem Prozess die Rolle des Klägers und Beklagten je durch eine Person übernommen werden; selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, dass ein Wechsel in diesen Personen während des Prozesses erfolgen kann, indem aus der Kläger- oder Beklagtenrolle eine Person ausscheidet oder eine andere in dieselbe eintritt.

§ 9.

Die sogenannten Nebenparteien.

In § 2 ist die Ansicht vertreten worden, dass der C.-P.-O. ein einheitlicher Parteibegriff zu Grunde liege und dass Parteien des Prozesses die Prozesssubjekte sind, welche nicht selten mit den Subjekten des streitigen Rechtsverhältnisses zusammenfallen. Demgegenüber haben einige Schriftsteller Definitionen aufgestellt, nach welchen unverkennbar der Parteibegriff den Nebeninter-

1) R.-G.-E. VII, p. 404 ff.

2) Vgl. Kohler, Prozess p. 11.

3) Vgl. Wach I, p 532.

4) Diesen Satz hat das Reichsgericht bezüglich der einzelnen stationes des preussischen Fiskus anerkannt in E. II, 394 ff. und VIII, 228, und bezüglich des bayerischen Fiskus in J. W., p. 309 (1888).

5) Vgl. Seuffert, N. 6 zu § 730.

venienten mitumfasst. So versteht Hellmann [1]) unter „Partei“ diejenige physische oder juristische Person, welche in einem Civilprozess in eigenem Namen die gerichtliche Anerkennung oder Aberkennung eines Privatrechts betreibt oder betreiben lässt. Und Francke [2]) definiert: „Parteien sind nur Personen, welche an dem Verfahren über Feststellung verletzter oder gefährdeter Privatrechte beteiligt sind. [3])

Demnach wäre auch der Nebenintervenient Partei, denn auch er betreibt zweifellos die An- oder Aberkennung eines Rechts, indem er darauf hinwirkt, dass das Prozesssubjekt, dem er in dem Rechtsstreit beigetreten ist, obsiegt und zwar handelt er in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts. Auch sein Recht ist bei dem Verfahren über Feststellung verletzter oder gefährdeter Privatrechte beteiligt, denn der Ausgang des Rechtsstreits zwischen den Prozesssubjekten muss auf die Privatrechte des Intervenienten einwirken. Darin besteht gerade das rechtliche Interesse am Obsieg einer Partei, welches zu der Beteiligung am Rechtsstreit dritter Personen für den Nebenintervenienten erforderlich ist. Demnach hätte man zwei Arten von Parteien zu unterscheiden: einerseits die Prozesssubjekte, andererseits die Nebenintervenienten oder die Haupt- und Nebenparteien. [4]) Letztere Bezeichnungen werden gewählt im Anschluss an die C.-P.-O., welche in den §§ 64, 65, 66, 96, 236, 237, 414, 607 von Hauptparteien spricht im Gegensatz zum Nebenintervenienten, welcher übrigens nirgends im Gesetz ausdrücklich mit dem Namen „Nebenpartei“ bezeichnet ist und zwar sollen die Hauptparteien sein, diejenigen am Rechtsstreit beteiligten Personen, deren Beteiligung den Prozess aus-

1) Comm., p. 190. Siehe dagegen Hellmann, Lehrbuch p. 223, wo die „Parteien“ als die privaten Subjekte des Prozess-Rechtsverhältnisses definiert sind.

2) Die Nebenparteien der deutschen C.-P.-O. u. s. w.

3) Auch Endemann, Comm. I, p. 311, scheint von diesem Parteibegriff auszugehen, da er die Parteifähigkeit definiert als die Fähigkeit, in eigenem Namen die Verfolgung oder Abwehr privatrechtlicher Ansprüche zu betreiben, zu klagen oder verklagt zu werden.

4) So in der That Hellmann, Comm., p. 190.

macht; Nebenparteien „diejenigen Personen, deren Beteiligung am Rechtsstreit eine zufällige ist.“ [1]) Die Auffassung, nach welcher der Nebenintervenient Partei sein soll, ist älter als die C.-P.-O. Schon im gemeinen Prozessrecht wurde der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei bezeichnet. Dieser Ansicht wurde zwar von verschiedenen Seiten wiedersprochen; jedoch gelangte man nicht zu einer klaren Auffassung und Bestimmung der Stellung des Nebenintervenienten. [2])

Nach der deutschen C.-P.-O. war infolge der Bezeichnung „Hauptpartei“ der Name „Nebenpartei“ für den Nebenintervenienten naheliegend, und ausserdem ist in vielen §§ der C.-P.O. unter „Partei“ auch der Nebenintervenient zu verstehen, so in den §§ 74, 107, 124, 128, 129, 143, 284 u. s. w. Allein es wird sich fragen, ob es gerechtfertigt erscheint, deshalb eine Begriffsbestimmung, die die Haupt- und Nebenparteien umfasst, aufzustellen und diese als den der C.-P.-O. zu Grunde liegenden Parteibegriff zu betrachten. Wenn in § 230 C.-P.-O. bestimmt ist, dass die Klageschrift, durch deren Zustellung die Parteirollen fixiert werden, die Bezeichnung der Parteien enthalten muss, so kann der Lage der Sache nach nur der Kläger und der Beklagte, nicht aber der Nebenintervenient gemeint sein und ebenso kann es sich, wenn dort die Angabe des erhobenen Anspruchs verlangt wird, nur um einen von diesen Personen geltend gemachten bezw. gegen dieselben gerichteten Anspruch handeln. Da demnach nur die Rechtsverhältnisse dieser Personen sich im Streit befinden, so kann das Urteil nur auf ihren Namen gestellt werden. Denn, wenn auch in § 284 C.-P.-O. unter „Partei“ der Nebenintervenient zu verstehen ist, so kann doch dem Nebenintervenienten nichts zugesprochen werden; er kann in der Sache selbst nicht verurteilt werden. Da nach § 293 die Rechtskraft des Urteils auf den in der Klage geltend gemachten Anspruch sich bezieht, so erstreckt sich dieselbe regel-

1) So Hellmann, Comm. 190.

2) Vgl. Schultze bei Busch II, p. 46. Nach der Begriffsbestimmung von Renaud, p. 109, wäre als Partei auch der Nebenintervenient anzusehen, denn Renaud definiert Partei als denjenigen, der in eigenem Namen rechtliches Interesse im Prozesse geltend macht.

mässig auch auf die Personen, welche den Anspruch klagend geltend machen und gegen welche er gerichtet ist. Die Vollstreckungsklausel wird nach § 663 C.-P.-O. nur einer Partei erteilt und aus den §§ 665 ff. 671 geht hervor, dass die Zwangsvollstreckung nur für die und gegen die Personen erfolgt, die im Urteil bezw. in der Vollstreckungsklausel namentlich genannt sind, also für und gegen die Parteien, den Gläubiger oder Schuldner, oder den Rechtsnachfolger der ersteren bezw. den allgemeinen Rechtsnachfolger des letzteren sowie die dort bezeichneten Singularsuccessoren. Auch die Bestimmungen über die Prozesskosten beziehen sich nur auf Kläger und Beklagte, während auf den Nebenintervenienten die Bestimmung des § 96 Anwendung findet. Merkwürdigerweise beruft sich Francke selbst teilweise auf die genannten Bestimmungen der C.-P.-O. Er geht davon aus, dass nach §§ 651, 665, 671—674, 676, 690, 691, 693 derjenige, welcher für sich die Zwangsvollstreckung festgestellter privatrechtlicher Ansprüche betreibt als Gläubiger und nach §§ 651, 665, 666, 669—671, 675—679, 686, 695 derjenige, gegen welchen solche Zwangsvollstreckung zu eigenen Lasten betrieben wird, als Schuldner, auch einmal die Personen beider Art „als Personen für und gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll“ bezeichnet werden. Er leitet hieraus dann den bereits erwähnten Parteibegriff ab Allein aus diesen Bestimmungen muss sich schon, selbst wenn man die übrigen Bestimmungen der C.-P.-O. über die Parteien ungerechtfertigterweise bei Seite lässt, ergeben, dass eben nur die Gläubiger und die Schuldner, welche mit den Klägern und Beklagten identisch sind, die Parteien sind, nicht auch die Nebenintervenienten. Auch sonst ist es Francke nicht gelungen, die Parteistellung des Nebenintervenienten in allen ihren Konsequenzen durchzuführen, denn wenn man mit Francke z. B. auch annehmen will, dass die Fähigkeit Nebenintervenient zu sein, seine Vertretung, seine Zulassung zum Armenrecht nach Massgabe der §§ 50 ff., 74 ff., 106 C.-P.-O. beurteilt werden müssen, ferner dass die für die Partei in den §§ 119, 121—125, 128, C.-P.-O. über den mündlichen Vortrag und die vorbereitenden Schriftsätze gegebenen Vorschriften, endlich auch die §§ 132, 133,

134, 143 Abs. 2 C.-P.-O. mit ihren Bestimmungen über Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei, Vorlegung von Akten und Urkunden u. s. w. auf ihn Anwendung finden müssen, so hat jener doch den alten Satz, dass keine Partei in eigener Sache Zeuge oder Sachverständiger sein kann, vergeblich auch in Beziehung auf den Nebenintervenienten anzuwenden versucht; es wird allgemein angenommen, dass der Nebenintervenient Zeuge und Sachverständiger sein könne. Dem entsprechend kann dem Intervenienten ein Parteieid zugeschoben und an ihn zurückgeschoben oder ein richterlicher Eid ihm auferlegt werden, wie selbst Francke anerkennt. Demnach ist eine Begriffsbestimmung der Partei, welche Kläger, Beklagte und Nebenintervenienten umfasst, wertlos. Sie könnte höchstens für die Vorschriften der C.-P.-O., in welchen unter der Partei auch der Nebenintervenient zu verstehen ist, Anwendung finden. Allein in denselben ist gewöhnlich unter Partei jeder verstanden, der Parteirechte auszuüben berechtigt ist, also auch der gesetzliche Vertreter und Bevollmächtigte. So würde sich die Anwendbarkeit des Begriffs auf die Bestimmungen reduzieren, wo Partei eben nur den Kläger, Beklagten und Nebenintervenienten bezeichnet, wie z. B. in § 217 C.-P.-O. [1]) Für dieselben einen besonderen Parteibegriff zu konstruieren ist wertlos, da damit doch die Parteistellung des Nebenintervenienten nicht dargethan ist. Parteien sind vielmehr nur die Prozesssubjekte, deren Rechtsverhältnisse im Streit sind; das ergiebt sich auch aus den §§ 63 und 64 C.-P.-O., wenn dort gesagt ist, dass der Nebenintervenient der Partei zum Zweck der Unterstützung beitreten kann. Damit ist deutlich ausgedrückt, dass er nicht ein neues materielles Rechtsverhältnis durch seinen Eintritt in iudicium deducieren kann. [2]) Neben den Prozesssubjekten giebt es keine anderen Parteien, auch nach der C.-P.-O. nicht. Deshalb ist auch die Bezeichnung des Nebenintervenienten als Nebenpartei zu verwerfen. Hiefür ist schon A. S. Schultze eingetreten, indem er bemerkt, dass die Unterscheidung „Hauptpartei“ und „Neben-

1) Nach Wilmowski-Levy gegen Gaupp.
2) Vgl. A. S. Schultze bei Busch II, p. 88.

partei“ viel zur Unklarheit der Theorie über dieses Institut beigetragen habe. Wach [1]) findet den Ausdruck „in seiner negativen Richtung als Ablehnung des Vertretungsgedankens berechtigt,“ muss aber zugestehen, dass „er die Sache verdunkelt, denn er verführt zu der Annahme einer Parteistellung, die thatsächlich nicht vorhanden ist“. [2]) Der Terminus „Nebenpartei“ wird trotzdem heutzutage viel gebraucht, auch von solchen, die den Nebenintervenienten keineswegs als Partei betrachten.

Viel näher liegt es, wenn auch nicht den Nebenintervenienten der §§ 63 und 64 C.-P.-O., so doch dem Intervenienten im Sinne des § 66 C.-P.-O. Parteistellung zuzuschreiben. Es fragt sich also, ob für ihn von der bisher für den Nebenintervenienten aufgestellten Ansicht eine Ausnahme zu machen ist. In der That erscheinen die Vorschriften der C.-P.-O. auf den ersten Anblick dem Nebenintervenienten der § 66 die Rolle einer Partei zuzubilligen, indem sie bestimmen, dass der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei gelte.

Nach weiteren positiven Vorschriften der C.-P.-O. wird der Nebenintervenient bezüglich der Prozesskosten als Partei behandelt, auch findet die Zuschiebung und Zurückschiebung der Parteieide an ihn statt, wobei dann der § 434 C.-P.-O. Anwendung zu finden hat, ferner kann ihm auch ein richterlicher Eid auferlegt werden. Das sind Vorschriften, die darauf hinzuweisen scheinen, dass diesem Nebenintervenienten Parteistellung gebührt. In der That ist diese Ansicht in der Litteratur vertreten. [3]) Von ihren Vertretern wird angenommen, dass durch den Beitritt des Nebenintervenienten zwischen ihm und dem Gegner der unterstützten Partei ein neuer

1) Handbuch I, p. 613.

2) Trotzdem gebraucht er den Ausdruck gelegentlich selbst. Vgl. Handbuch I, p. 327, Anm. 10.

3) Vgl. Hellmann, Lehrbuch, p. 237 u. die dort cit., es ist jedoch zu bemerken, dass Kohler diese Ansicht aufgegeben hat (Gesammelte Beiträge, p. 276) und Fitting, § 27, III räumt jetzt dem Nebenintervenienten die Stellung einer eigentlichen Partei nur mit den durch den Begriff der Nebenintervention gesteckten Schranken ein, wogegen er in den Fällen der §§ 589, 753 C.-P.-O. von dem Beitritt in die Stellung eines wirklichen Streitgenossen spricht, für den die gedachten Schranken nicht vorhanden seien.

selbständiger Prozess entsteht, dessen Gegenstand das Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen ist. Es tritt somit eine neue Partei in den Rechtsstreit ein, deren Sache durch den Beitritt rechtshängig wird. Demnach ergeht auch das Urteil auf seinen Namen, die Zwangsvollstreckung findet für und gegen ihn statt. Die Streitgenossenschaft des § 66 enthält also eine Klagenhäufung. Der Nebenintervenient ist wirklicher Streitgenosse auf Seite des Klägers oder des Beklagten.

Diesen Schriftstellern stehen am nächsten Wilmowski-Levy,[1]) Reincke,[2]) Endemann,[3]) Sarwey[4]) und wohl auch Kohler[5]) und Puchelt.[6]) Nach ihrer Ansicht ist der Nebenintervenient des § 66 Streitgenosse der Hauptpartei und also selbst Partei, da der § 58 auf ihn Anwendung findet und die Bestimmungen des § 414 und die Formulierung des § 66 dafür sprechen. Er soll demnach besondere Prozessresultate erstreiten können z. B. als Nebenintervenient des Beklagten durch Erhebung einer Widerklage: er kann auch über den streitigen Anspruch disponieren, Anerkenntnisse, Verzichte erklären, auch Vergleiche abschliessen; die Prozesshandlungen werden auf seinen Namen vorgenommen. Andererseits wird von den Vertretern dieser Ansicht ausdrücklich anerkannt, dass durch den Beitritt des Nebenintervenienten ein neuer Rechtsstreit nicht beginne und für den Anspruch des Nebenintervenienten ohne weiteres Rechtshängigkeit nicht vorliege. Es wird zugegeben, dass man aus diesen Gründen eine wirkliche Streitgenossenschaft im Fall des § 66 allerdings leugnen könne, dass der Anspruch des Klägers gegen den Intervenienten oder der Anspruch des Intervenienten gegen den Kläger nicht durch den Beitritt rechtshängig werde, sondern erst durch eine zulässige Klageerweiterung bezw. Erhebung einer Widerklage. Wie diese Schriftsteller betonen auch Struck-

1) Comm. I, N. 1 zu § 66.
2) N. 2 zu § 66.
3) Comm. I, p. 344.
4) Comm. I, p. 315.
5) Gesammelte Beiträge, p. 276.
6) Comm. I, p. 265.

mann-Koch [1]), dass der Nebenintervenient des § 66 als Streitgenosse zu gelten habe unter Verwerfung der Auffassung, dass der Intervenient Vertreterstellung habe. Er hebt jedoch hervor, dass er nicht Streitgenosse sei und demgemäss eine Verurteilung weder selbst erwirken noch erfahren könne und den Umfang des Rechtsstreits weder durch Anträge nach § 253 C.-P.-O. noch durch Widerklage erweitern könne. Auch Francke [2]) nimmt selbstverständlich an, dass der Nebenintervenient des § 66 Partei sei, übrigens unter denselben Beschränkungen, wie Struckmann-Koch. Eine Mittelmeinung vertritt Wach; [3]) er geht davon aus, dass dem Intervenienten die formelle Parteistellung in allen Fällen der § 66 C.-P.-O. verbleibe, der Intervenient aber Nebenintervenient sei; denn das Gesetz nenne ihn so, und sein Beitritt vollziehe sich nicht durch Klage, sondern durch Interventionsakt. Sein Anspruch sei demnach nicht rechtshängig, er sei Nebenintervenient und als solcher formell zu behandeln. Demnach könne der Intervenient diejenigen prozessualischen Handlungen, die Ausfluss der Parteistellung seien, z. B. Erhebung der Widerklage, Ausdehnung des Klagantrags, Klageänderung, nicht wirksam vornehmen. Andererseits gelte der Nebenintervenient als Streitgenosse, d. h. es werden auf ihn die Rechtsgrundsätze über die Streitgenossenschaft insoweit in Anwendung gebracht, als dieselben bei der Natur der verschiedenen Thatbestände anwendbar seien. Materiell aber sei er selbst Partei, da der Streitgegenstand nicht nur der des Intervenienten, sondern auch sein eigener sei; daher auch das Urteil sein eigenes Rechtsverhältnis zum Gegner betreffe. [4]) Demnach sei der Intervenient als Streitgenosse, sein Eintritt als incidente Kumulation zu betrachten. — Schliesslich ist noch diejenige Ansicht zu erwähnen, nach welcher der Intervenient des § 66 Nebenintervenient ist. Während die

1) Comm., N. 2 zu § 66.

2) Die Nebenparteien, p. 112.

3) Handbuch I, p. 649 ff.

4) Wach rechnet zu den Fällen des § 66 nur solche, in welchen ein Rechtsverhältnis zwischen Intervenienten und Gegner besteht, und dieser durch das Urteil festgestellt wird.

oben erwähnten Ansichten den Hauptnachdruck darauf legen, dass der Nebenintervenient des § 66 C.-P.-O. als Streitgenosse zu gelten habe und zu behandeln sei, ist der Intervenient den Vertretern dieser Ansicht [1]) in erster Linie eben Nebenintervenient und wenn das Gesetz vorschreibt, dass er als Streitgenosse im Sinne des § 58 C.-P.-O. zu gelten habe, so legen sie dies so aus, dass damit nicht eine vollständige rechtliche Identifizierung beider zum Ausdruck gebracht, vielmehr nur auf die Selbständigkeit dieses Nebenintervenienten im Handeln, auch gegenüber dem Widerspruch der Prozesspartei, welcher er beitritt, hingewiesen werde, während er im Übrigen nur nach den positiven Vorschriften der § 96 und 414 als Streitgenosse zu behandeln sei. Diese Ansicht ist als zutreffend zu erachten. Es ist davon auszugehen, dass auch der Intervenient des § 66 C.-P.-O. Nebenintervenient ist, gerade so wie der der §§ 63, 64. Hienach ist seine rechtliche Stellung zu beurteilen und auf dieser Grundlage muss man sich damit abfinden, dass das Gesetz im § 66 von ihm sagt, dass er als Streitgenosse zu gelten habe, während doch der Nebenintervenient niemals Partei sein kann.

Auch für den Nebenintervenienten der §§ 63, 64 C.-P.-O. findet sich die Bemerkung in den Motiven, dass er in gewisser Beziehung, nemlich bezüglich des Prozessbetriebs als Streitgenosse zu gelten habe. Dies findet natürlich nicht minder Anwendung, auf den Nebenintervenienten des § 66 C.-P.-O. Hier tritt aber eine weitere Gleichstellung der Intervenienten mit der Partei ein. Die Prozesspartei kann die Prozesshandlungen der Intervenienten nicht durch ihren Widerspruch unwirksam machen. Der Nebenintervenient nimmt ihr gegenüber eine selbständige Stellung ein. Es würde demnach in dem Hinweis auf Vorschrift des § 58 C.-P.-O. eine Ausdehnung der Selbständigkeit der Intervenienten vom blossen Prozessbetrieb auf die gesamte Prozessführung liegen. Der Umstand aber, dass der Intervenient durch positive Vorschriften der C.-P.-O. auch noch in anderer Beziehung als Partei behandelt wird, kann nicht den Schluss gestatten, dass der Intervenient über-

1) A. S. Schultze, p. 95; Petersen, Comm., p. 183 u. die dort cit.

haupt als solche zu betrachten sei. Gerade so gut kann man daraus entnehmen, dass eben in dieser positiven Beschränkung der Intervenient wie eine Partei behandelt werde. Diese Vorschriften wären zudem überflüssig gewesen, wenn sich aus § 58 C.-P.-O. ergeben würde, dass der Intervenient wirklicher Streitgenosse sei. Diese Ansicht stimmt auch mit den übrigen prozessualen Grundsätzen über Parteistellung überein. Die Stellung einer Partei erlangt regelmässig derjenige, der die Klage erhebt oder gegen den sie erhoben wird. Sein Anspruch wird durch die Klagerhebung rechtshängig, sein Anspruch wird durch das Urteil festgestellt, dies alles trifft auf den Nebenintervenienten des § 66 C.-P.-O. nicht zu. So wird denn auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts [1]) ganz allgemein bemerkt: „Die Aufgabe des Nebenintervenienten ist nur die, der Partei zum Sieg zu verhelfen, er ist nicht Partei und kann weder siegen noch verurteilt werden. [2]) Demnach ist auch der Nebenintervenient des § 66 nicht als Partei zu betrachten.

§ 10.

Fälle zweifelhafter Parteistellung.

I.

Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Civilprozess.

Zunächst ist zu erörtern, die eigentümliche Stellung der Staatsanwaltschaft in dem Ehe- und Entmündigungsverfahren. Die Rechtsstreitigkeiten, welche die C.-P.-O. in § 568 als Ehesachen bezeichnet, sind Civilprozesse gerade so gut, wie andere Prozesse, in denen es sich um die Verwirklichung von Ansprüchen, welche durch die Privatrechtsordnung gewährt werden, handelt. Es ist daher bei denselben hauptsächlich das Interesse derjenigen Personen beteiligt, zwischen denen der Kampf um die Privatrechte stattfindet. Allein es konkurriert mit demselben ein staat-

1) Juristische Wochenschrift 1884, p. 136.

2) A. A. R.-G..E. v. 20. Jan. 1891. J. W. p. 129, in welcher der Nebenintervenient als Partei bezeichnet wird.

liches, öffentliches Interesse. Dies ist zwar bei allen Privatrechtsstreitigkeiten insofern der Fall, als es Aufgabe des Staates ist, darauf hinzuwirken, dass die Civilrechtspflege korrekt gehandhabt wird. Allein abgesehen von diesem allgemeinen Interesse hat der Staat vermöge der besonderen Bedeutung der Ehe, die sich nicht erschöpft in der eines Rechtsinstituts, Vorkehrung zu treffen, dass einerseits die Nichtigkeit von Ehen, die nicht zu Recht bestehen, klar gestellt wird und andererseits Ehen, deren Trennung von den Beteiligten verlangt wird, wenn es angeht, aufrecht erhalten werden. Die Wahrung des öffentlichen Interesses, das naturgemäss häufig mit dem Privatinteresse im Widerspruch steht, den Parteien gegenüber hat man regelmässig da wo die Institution einer Staatsanwaltschaft besteht, dieser übertragen. Und zwar ist man in Frankreich so weit gegangen, dass man zur Wahrung des staatlichen Interesses an einer guten Civilrechtspflege nicht die Gerichte allein für berufen hält, vielmehr dem ministère public die weitgehende Befugnis erteilt, als sog. partie jointe in allen vor den gewöhnlichen Collegialgerichten verhandelten Sachen nach dem Vortrag der Parteien einen gutachtlichen Antrag zu stellen und im Interesse der Rechtseinheit unabhängig von der Partei die Entscheidung des höchsten Gerichtshofs anzurufen, während in andern Fällen wegen eines besonders vorhandenen Interesses der Staatsanwalt als wirkliche Partei (partie principale) auftritt. Die Reichsjustizgesetze dagegen haben das Institut der Staatsanwaltschaft fast ausschliesslich der Strafrechtspflege vorbehalten und ihm in der Civilrechtspflege nur in Ehe- und Entmündigungssachen eine beschränkte Mitwirkung zugewiesen. Was das Verfahren in Ehesachen betrifft, so wirkt der Staatsanwalt teils neben den Parteien mit als defensor matrimonii, teils nimmt er eine selbständige Rechtsstellung ein, bei der Nichtigkeitsklage. Diese Rechtsstellung zu untersuchen ist die Aufgabe.

Die Stellung des Staatsanwalts in den Nichtigkeitsklagen, die er gemäss § 586 C.-P.-O. erhebt, wird fast einstimmig von den Kommentatoren als die einer Partei bezeichnet. Ebenso sichert nach der Ansicht der meisten der § 589 C.-P.-O. dem Staatsan-

walt die Parteistellung auch dann, wenn er die Nichtigkeitsklage nicht selbst erhoben hat. Soweit er den Rechtsstreit betreibt, soll er in diesem Fall Streitgenosse der Partei, auf deren Seite er den Prozess betreibt, im Sinne des § 59 C.-P.-O. sein. Anderer Ansicht ist Hellmann allein, wenn man von Endemann absieht (vgl. Comm. zu § 591 einerseits, zu § 589 C.-P.-O. andererseits). Hellmann weist dem Staatsanwalt, falls er nicht ein Rechtsmittel eingelegt hat, die Stellung eines Nebenintervenienten zu,[1]) während er in seinem Lehrbuch[2]) ihn als Nebenintervenienten im Sinne des § 66 C.-P.-O., d. h. als Streitgenossen, erklärt, eine Auffassung, die auch Kohler[3]) teilt, wobei jedoch zu bemerken ist, dass Hellmann den Nebenintervenienten des § 66 für einen eigentlichen Streitgenossen hält, Kohler jedoch neuerdings die Ansicht vertritt, dass ihm nur die Rechte eines Streitgenossen zustehen.[4]) Nach der Entstehungsgeschichte des § 589 C.-P.-O., ist jedoch die Stellung der Staatsanwaltschaft keine verschiedene, mag sie nun bei der Nichtigkeitsklage die Klage selbst erhoben haben oder den Prozess nur betreiben. Es heisst in dem preussischen Entwurf von 1864, § 884, auf den die Bestimmung zurückzuführen ist: „Der Staatsanwalt ohne Unterschied, ob die Nichtigkeitsklage erhoben ist oder nicht, ist befugt, gleich wie eine Partei den Prozess zu betreiben, sowie selbständig behufs Aufrechterhaltung oder Vernichtung der Ehe Anträge zu stellen und gegen die ergehenden Urteile Rechtsmittel einzulegen.“ Die Begründung hiezu bemerkt (p. 215, 216): „Wenn er die Klage auch nicht erhoben hat, kann ohne Inconsequenz ihm keine andere Stelle eingeräumt werden, als er einnehmen würde, wenn er mit der Klage hervorgetreten wäre.

Der Staatsanwalt hat gemäss § 589 C.-P.-O. den Rechtsstreit zu betreiben und Rechtsmittel einzulegen, was ihm auf Grund des § 569 C.-P.-O. nicht gewährt ist. Es ist ihm dieselbe Stellung wie im § 586 C.-P.-O. zuzuerkennen. Wenn nun die herrschende Ansicht

1) Comm. §§ 588—591 sub. VI.

2) p. 896 f.

3) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 276.

4) Kohler l. c.

diese Stellung als Parteistellung charakterisiert, so kann sie sich auf den Wortlaut des Gesetzes selbst berufen, das in den §§ 590 und 591 von dem Staatsanwalt als einer Partei spricht; es fragt sich aber, ob auf dieser Bezeichnung grosses Gewicht zu legen ist. Schon Birkmeyer hat bemerkt:[1]) „Sollte nun hier — beim Verfahren in Ehesachen — die Verhandlungsform zur Grundlage gemacht werden, so musste, soweit das öffentliche Interesse die Erhebung der Klage eventuell von Amtswegen erheischt, einem berufsmässigen Vertreter des öffentlichen Interesses die Parteirolle des Klägers eröffnet werden. Dem mitinteressierten Privaten steht der Staatsanwalt als berufsmässiger Vertreter des öffentlichen Interesses an der Seite, nicht als ob die genannten Personen den Anspruch auf Nichtigkeitserklärung der Ehe als eigen geltend machen könnten. Der eigentliche Anspruchsberechtigte, die eigentliche Klagpartei ist das öffentliche Interesse, der Staat selbst. Der Staatsanwalt und die Privaten sind lediglich zur Ausübung dieses Klagrechts befugt. Macht dann der Private — man kann hier hinzusetzen der Staatsanwalt — von dieser Befugnis Gebrauch, so verfolgt er einen fremden Anspruch.“ Trotzdem betrachtet er den Staatsanwalt im Ehenichtigkeitsverfahren unter Berufung auf § 590 und 591 als Partei. Dies ist auch die Ansicht von Kohler.[2]) Einen Schritt weiter ist Petersen,[3]) ebenfalls von der Ansicht ausgehend, dass der Staatsanwalt das staatliche Interesse vertrete, gegangen, er weist nach, dass trotz der Benennung des Staatsanwalts als Partei in den §§ 590, 591, bei deren Abfassung wohl die französische Terminologie von der partie jointe, partie principale vorgeschwebt habe, die übrigen Bestimmungen der C.-P.-O., welche die Partei im engeren Sinn betreffen, keineswegs auf den Staatsanwalt Anwendung zu finden haben. Weder sei er zur Erstattung der Kosten im Prozess zu verurteilen, sondern vielmehr die Staatskasse, noch habe der Tod des Staatsanwalts u. s. w. eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens zur Folge, weil nicht eine genau bestimmte Person, sondern der

1) Bei Busch VII, p. 194 ff. Das Offizialverfahren im Civilprozess.
2) Prozessrechtliche Forschungen, p. 106 f.
3) Bei Busch XVIII, p. 51 ff., Comm., p. 121.

Staatsanwalt als solcher den Prozess zu erheben und durchzuführen habe. Die Bestimmung des § 41 Ziff. 3 finde auf ihn ebensowenig Anwendung, als der § 348 Ziff. 3 auf einen Zeugen, der mit dem Staatsanwalt verwandt oder verschwägert sei. Auf Grund dieser Erwägungen gelangt Petersen zu der Annahme, dass der Staat (nicht der Fiskus) als die eigentliche Partei in diesen Prozessen zu betrachten sei. Zu weiterer Unterstützung seiner Ansicht führt er an, dass eine Behörde nicht als Partei im Sinne der C.-P.-O. anzusehen sei — bekanntlich sind nur die Behörden in Mecklenburg und in den Hansestädten parteifähig auf Grund der Landesgesetze — und erwähnt die Analogie der vom Fiskus geführten Prozesse, in denen die Staatskasse ebenfalls die Prozesskosten zu tragen habe, sowie des Strafprozesses, in welchen der Staat als Partei, der Staatsanwalt als das Organ anzusehen sei, welcher das dem Staate zustehende Recht der Strafverfolgung in dessen Namen und Auftrag ausübe, und macht schliesslich darauf aufmerksam, dass man bei Annahme des Staatsanwalts als Partei einen Parteienwechsel annehmen müsse, sobald der Prozess in eine andere Instanz komme. Diesen Ausführungen haben sich auch Wilmowski-Levy angeschlossen.[1])

Von einer Vertreterstellung des Staatsanwalts im Eheprozess geht auch Planck[2]) aus. Er nimmt aber nicht eine Vertretung des Staates an, sondern eine Vertretung der Partei und zwar im öffentlichen Interesse. „Der Staatsanwalt ist niemals Partei, auch da nicht, wo er scheinbar selbständig als Kläger oder Beklagter auftritt, sondern stets immer nur Intervenient zu Gunsten der vielleicht nicht einmal aufgetretenen Partei, die er im Recht glaubt.“ Vom Staate werde zur Wahrung seines Interesses an der Verwirklichung des materiellen Rechts ein Beamter beauftragt, derjenigen Partei, welche anscheinend im Recht sei, ohne Rücksicht auf ihre Einwilligung helfend zur Seite zu stehen, damit sie im Prozesse siege und zwar sei er nicht Vertreter einer bestimmten Partei, sondern derjenigen, die er im Recht glaube. Wenn also im Verlauf des Verfahrens seine Überzeugung

1) Comm. II, N. 1 zu § 58 b.

2) Lehrb. § 34, p. 143.

sich ändere, so habe er die entgegengesetzte Ansicht zu vertreten, selbst in Fällen, wo er formell eine bestimmte Parteirolle des Klägers oder Beklagten, zur Erscheinung zu bringen habe. Diese Ansicht kann man verteidigen für die Fälle, in welchen der Staatsanwalt eine von den Privaten erhobene Nichtigkeitsklage betreibt. Hier kann er „die Partei, die er im Recht glaubt“ vertreten. Wie soll es aber sein, wenn er selbst die Klage gegen beide Ehegatten als Beklagte erhoben hat? Hier hat er sich doch von vornherein zu Ungunsten der beiden entschieden und will die Nichtigkeitsklage zu ihren Ungunsten, durchführen. Welche Partei soll er hier vertreten? Es sind ja auch alle Beteiligten in den Prozess verwickelt, so dass man nicht annehmen kann, er vertrete eine „nicht einmal aufgetretene Partei.“ Es wird daher diese Ansicht nicht angenommen werden können.

Dagegen sind die Ausführungen Petersens als durchaus zutreffend zu erachten. Die Stellung des Staatsanwalts im Civilprozess ist nach Analogie derjenigen im Strafprozess zu behandeln. Hier ist der Staat der Strafberechtigte, ihm steht allein (wenn man von dem Privatkläger absieht, der aus eigenem Recht klagt) das Strafklagerecht zu. Der Staatsanwalt ist das Organ, welches zur Ausübung dieses Strafklagerechts befugt ist. Dieselbe Stellung nimmt er ein im Civilprozess. Man darf nicht betonen, dass es sich um einen Privatrechtsstreit handelt und daher der Staat eine der Rollen zu tragen habe, die die im Civilprozess auftretenden Personen tragen, nemlich die einer Partei oder eines Vertreters. Man muss bedenken, dass es sich um ein Institut handelt, das prinzipiell für die Bedürfnisse der Strafrechtspflege ausgebildet ist, was auch auf seine Stelle im Civilprozessrecht nicht ohne Einfluss geblieben ist. Wie er im Strafprozess das öffentliche Interesse zu wahren hat, so hat er hier das Interesse des Staates daran zu wahren, dass die Nichtigkeit einer Ehe, welche nicht zu Recht besteht, auch als solche klar gestellt werde und dass eine Ehe nicht ungerechtfertigter Weise für nichtig erklärt werde. Ob man den Staat als Anspruchsberechtigten bezeichnen kann, wie es Birkmeyer thut, mag dahin gestellt bleiben; jedenfalls

darf man nicht an einen privatrechtlichen Anspruch denken, der dem Staate etwa auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe zustände. Es handelt sich hier um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, der kraft Gesetzes im Civilrechtsweg geltend zu machen ist. Der Staat ist auch nicht Partei im gewöhnlichen civilprozessualischen Sinn. Zwar trifft auf ihn die hier vertretene Parteidefinition zu. Er ist dasjenige Subjekt, auf dessen Namen und Rechnung der Prozess geführt wird, nur darf man nicht annehmen, er sei Rechtssubjekt im privatrechtlichen Sinn; seine Stellung ist hier vielmehr eine durchaus öffentlichrechtliche. Ebenso ist der Staatsanwalt nicht sein Vertreter im privatrechtlichen Sinn. Man kann ihn zwar Vertreter nennen, da er berufen ist, eines der vielerlei öffentlichen Rechte, die dem Staat zwecks Durchführung seiner Aufgabe zustehen, für denselben auszuüben, dessen Interessen zu wahren, aber man darf nicht daran denken, dass er hier eine Stellung ähnlich der den Fiskus vertretenden Behörde habe. Es ist daher zutreffender, weil Missverständnissen vorbeugend, ihn als Organ des Staates zu bezeichnen. Dass der Staatsanwalt in den §§ 590, 591, C.-P.-O. als Partei bezeichnet wird, kann nicht ausschlaggebend sein, denn da, wie Petersen nachgewiesen hat, keine der Bestimmungen, welche für die Parteien im Sinn von Prozesssubjekten gelten, auf ihn Anwendung zu finden hat, so kann ihm diese Bestimmung allein die Parteistellung nicht verschaffen, und zwar schon deshalb nicht, weil die Bezeichnung „Partei“, wie schon bemerkt, in der Civilprozessordnung in verschiedenem Sinn gebraucht wird.

Was die Stellung des Staatsanwalts im Entmündigungverfahren betrifft, so kommt hier nur das landgerichtliche Entmündigungsverfahren in Betracht. Denn nur hier giebt es Parteien. Im landgerichtlichen Entmündigungsverfahren kann der Staatsanwalt als Partei, nämlich als Kläger in Betracht kommen im Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit gemäss § 605 Abs. 2, 607 Abs. 2 und 620 Abs. 2, wonach er zur Erhebung der Anfechtungsklage neben den in § 595 bezeichneten Personen und zur Erhebung der Aufhebungsklage neben dem Vormund für befugt erklärt ist, als primärer Beklagter im Entmündigungs-

verfahren wegen Geisteskrankheit gemäss § § 607 1 und 620 4 und als eventueller Beklagter gemäss §§ 624 3, 626 3 im Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung, wonach die Anfechtungs- und Aufhebungsklage bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit gegen ihn allein zu richten ist, während im Verfahren wegen Verschwendung, von welchem der Staatsanwalt grundsätzlich ausgeschlossen ist (§ 621 4), er nur dann zugezogen werden soll, wenn derjenige, welcher die Entmündigung beantragt hat (§ 595 2) verstorben oder im Ausland ist, oder sein Aufenthalt unbekannt ist.

Allgemein wird in diesen Fällen der Staatsanwalt als wirkliche Partei betrachtet, obwohl man sich für das Entmündigungsverfahren nur auf § 610, welcher von „Parteien" spricht, bezw. die §§ 620 4, 624 4, 626 4, welche sich auf jenen § beziehen, sowie den § 614, welcher übrigens den Staatsanwalt berufen und hier nicht ausdrücklich als Partei bezeichnet, noch weniger als im § 591 C.-P.-O. annehmen kann, dass hiemit die Partei als Prozesssubjekt bezeichnet werden will.

Birkmeyer[1]) nimmt allerdings mit ausdrücklicher Berufung auf diese §§ an, dass der Staatsanwalt, da wo ihm in diesem Verfahren die Rolle als Kläger oder Beklagter zufalle, auch wirklich Partei sei. Und besonders weist er noch auf die §§ 607 3, und 620 4, für den Fall hin, in welchem neben dem Staatsanwalt noch andere Personen auftreten, sei es dass diese für Aufrechterhaltung oder Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses bezw. für oder gegen Wiederaufhebung desselben eintreten. Nach diesen Bestimmungen haben diese Personen (§ 595 1) als Streitgenossen der Hauptpartei im Sinne des § 59 C.-P.-O. im Falle des Beitritts zu gelten. Doch bemerkt er auch hier wiederum, der Anspruch stehe dem Staat allein zu, die Klagberechtigten haben sämtlich die Rechte für ihn auszuüben und zwar der Staatsanwalt als berufener Vertreter des öffentlichen Interesses.

1) Bei Busch VII, p. 209. f.

Zu den Verteidigern der Ansicht, dass der Staatsanwalt Partei im Entmündigungsverfahren sei, gehört auch Kohler.[1]) Er führt aus: „Es handle sich hier um die eigentümliche Art des Prozesses, bei welcher es sich nicht um Festsetzung von Rechtsverhältnissen zwischen zwei Personen, sondern um die Festsetzung eines Rechtszustandes handle, welche für die ganze Verkehrswelt von Interesse sei. Es müsse daher ein legitimus contradictor gefunden werden, mit welchem der Feststellungsprozess in einer die Allgemeinheit bindenden Weise zum Austrag zu bringen sei. Der legitimus contradictor sei die Partei, er führe den Prozesss, nicht etwa als Vertreter der Allgemeinheit im juristischen Sinn, denn die Allgemeinheit sei nicht Partei und könne es nicht sein: Er führe den Prozess als Prozessführer d. h. als Partei, welche mit dem Rechte bekleidet sei, die Prozesse in einer die Allgemeinheit bindenden Weise zu führen; der Contradictor habe die Prozessstandschaft für die Allgemeinheit, denn die Allgemeinheit als Nichtperson könne nicht Partei sein, sie könne nur Interessen haben, welche bei einer judiciellen Feststellung auf dem Spiel stehen, der legitimus contradictor sei bald der Staatsanwalt, bald andere Personen.“ Dass es sich hier nicht um einen gewöhnlichen Fall der sog. Prozessstandschaft handeln kann, ist wohl kaum zu bestreiten; denn da Kohler Prozessstandschaft als die Rechtsmacht definiert den Prozess in einer einen Dritten bindenden Weise im eigenen Namen zu führen, so ist der vorliegende Fall schon dadurch eigentümlich, dass der Prozess für die Allgemeinheit, also nicht für eine bestimmte Person bindend sein soll. Wenn man auch eine Prozessführung für die Allgemeinheit annehmen will — für den „Staat“ wäre jedenfalls ein bestimmterer Ausdruck — so stehen der Annahme Kohlers, dass der Staat als Prozessführer die Prozessstandschaft habe, noch andere Bedenken entgegen. In allen Fällen in welchen Kohler einer Person die Prozessstandschaft sonst zuschreibt, will er dieselbe auch als wirkliche Partei betrachtet wissen und alle Bestimmungen der C.-P.-O. auf dieselbe Anwendung finden lassen, insbesondere auch die Bestimmungen über die Kostentragung.

1) Prozessrechtliche Forschungen, p. 111 ff.

Dass diese Bestimmungen aber auf den Staatsanwalt keine Anwendung finden können, darauf ist schon hingewiesen. Auf eine derselben weist Kohler selbst hin: Er erklärt den Umstand, dass die Parteirolle des Staatsanwalts nicht auf dessen Erben übergehen könne, vielmehr in diesem Falle der weiterhin berufene Contradictor den unterbrochenen Prozess aufzunehmen[1]) und fortzuführen habe, dadurch, dass der Contradictor hier keine Rechtsverhältnisse vertrete, die in seinem Vermögen liegen. Allein als Grund hiefür ist doch wohl einfach die Thatsache anzusehen, dass nicht eine bestimmte Person die Prozessführung übernimmt, sondern die Staatsanwaltschaft als Behörde.[2]) Im übrigen wird nirgends erklärt, weshalb die Bestimmungen der C.-P.-O. auf den Staatsanwalt keine Anwendung finden, obgleich er Partei ist. Aus diesem Grund kann der Ansicht Kohlers nicht beigetreten werden.

Planck betrachtet den Staatsanwalt auch im Entmündigungsverfahren als Parteivertreter, als Vertreter derjenigen Partei, die er im Recht glaubt. Diese Ansicht erscheint zwar annehmbar, für die Fälle in welchen der Staatsanwalt den Entmündigungsbeschluss des Amtsgerichts mittelst Klage anficht oder Wiederaufhebung des Entmündigungsbeschlusses mittelst Klage beantragt, wobei dann der Staatsanwalt als Vertreter des Entmündigten anzusehen wäre, oder in welchen der Vormund den Entmündigungsbeschluss anficht, bezw. Wiederaufhebung des Entmündigungsbeschlusses mittels Klage beantragt, wobei der Staatsanwalt als Vertreter desjenigen betrachtet werden könnte, welcher den Entmündigungsantrag gestellt hat. Wie ist es aber dann, wenn diese Personen gemäss § 607 3 C.-P.-O. in den Prozess eintreten und neben dem Staatsanwalt ihre Anträge zwecks Aufrechterhaltung des Entmündigungsbeschlusses stellen? Dann brauchen sie keine Vertretung durch den Staatsanwalt. Oder wenn etwa der Vormund die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses

1) Nach Kohler wird der Prozess unterbrochen durch Ereignisse in der Person des Staatsanwalts, dagegen Wilmowski-Levy, Comm., N. 1 zu § 586 u. Petersen bei Busch 18, 51 f.

2) Petersen a. a. O., p. 52.

mittels Klage beantragt und die in § 595 1 genannten Personen sich der Klage anschliessen, wen soll da der Staatsanwalt vertreten? Es lassen sich also hier Fälle denken, wo der Staatsanwalt nicht wohl Vertreter einer Partei sein kann. Dagegen ist den Ausführungen Petersens[1]) beizupflichten, welcher auch im Entmündigungsverfahren den Staatsanwalt als Organ des Staates aufgefasst wissen will. Dem entsprechen die Vorschriften der C.-P.-O, welche in §§ 614, 620 4 624 4 626 4 beim Unterliegen des Staatsanwalts im Prozess der Staatskasse die Verpflichtung zur Tragung der dem Sieger erwachsenen Kosten auferlegt, was auf eine Parteistellung des Staates hinweist. Die bezüglich der Stellung des Staatsanwalts im Eheprozess verteidigte Ansicht ist daher auch für das Entmündigungsverfahren zutreffend. Demnach ist der Staat Partei, der Staatsanwalt sein Vertreter in dem bereits erwähnten Sinn. Dem Staat steht ein Anspruch zu auf Konstatierung des Entmündigungsgrundes und Deklarierung der Handlungsunfähigkeit einer Person. Es besteht ein Interesse des Staates daran, dass nur solche Personen entmündigt werden, bei denen ein Entmündigungsgrund vorhanden ist, und dass die Entmündigung nur da fortdauert, wo der Entmündigungsgrund noch vorhanden ist. Freilich darf man auch hier nicht an einen privatrechtlichen Anspruch denken. Gründet sich das Klagerecht des Ehegatten und der Verwandten nicht auf ein privatrechtliches Interesse dieser Personen, sondern ausschliesslich auf das öffentliche Interesse,[2]) um wie viel mehr ist dies beim Staatsanwalt anzunehmen. Er ist zur Ausübung des staatlichen Rechts berufen; im Namen des Staats, auf dessen Rechnung hat er die Prozesse zu führen, welche die Deklarierung der Handlungsunfähigkeit einer Person betreffen.

Zum Schlusse mag noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Stellung des Staatsanwalts in diesen Prozessen eine so eigentümliche ist, dass selbst wenn man seine Parteistellung in

---

1) Bei Busch XVIII, p. 51 f.

2) Gaupp, Comm. II, Bem. 2 III (Anm. 5) zu § 605.

diesen Prozessen annimmt, damit noch nicht der oben verteidigte Parteibegriff als unzutreffend dargethan ist.

II.

Der Hauptintervenient.

Bedenken über die Rechtstellung der einzelnen im Prozess auftretenden Personen können insbesondere dann entstehen, wenn Dritte sich an einem Rechtsstreit beteiligen, sei es nun, dass dieselben neben einer Partei ihre eigenen Interessen verfolgen oder gegen beide Parteien auftreten, während da, wo es sich um eine einfache Succession des Dritten in die Parteirolle, sei es auf Grund einer Rechtsnachfolge in das materielle Recht (§§ 217; 236, 2; 237) oder ohne eine solche (§ 73 C.-P.-O.) handelt, weiter keine Schwierigkeiten in dieser Beziehung entstehen. Wenden wir uns zunächst zum Prozessinstitut der Hauptintervention. Hauptintervention ist die Klage eines Dritten gegen beide Parteien eines noch anhängigen Prozesses als Streitgenossen, wodurch der Dritte den Streitgegenstand des Hauptprozesses für sich in Anspruch nimmt. Durch die Hauptintervention entstehen zwei neue Prozesse, in welchen beiden der Hauptintervenient der Kläger ist, während ihm als Beklagter in dem einen Prozesse der Kläger des Erstprozesses und in dem andern dessen Beklagter gegenüberstehen.[1]) Diese neuen Prozesse sind durchaus selbständig gegenüber dem Erstprozess. Zwar ist zuzugeben, dass die C.-P.-O., indem sie unrichtiger Weise die Hauptintervention als Beteiligung eines Dritten am Rechtsstreit auffasst, die Hauptintervention als ein mit dem Erstprozess zusammengehöriges prozessuales Ganzes behandelt. Dies zeigt sich darin, dass schon die Voraussetzung die Rechtshängigkeit des Erstprozesses ist; dann wird auch der Intervenient für den Hauptprozess als Partei behandelt, sofern er die Aussetzung desselben beantragen kann (§ 62). Ferner hat die Zustellung der Interventionsklage an die Prozessbevollmächtigten zu geschehen, welche für den Haupt-

1) Vgl. A. S. Schultze bei Busch II, p. 30, a. a. Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft s. oben § 8.

prozess bestellt sind, da sich die Vollmacht für den Hauptprozess auch auf den Interventionsprozess erstreckt.[1]) Trotzdem ist daran festzuhalten, dass es sachlich verschiedene Prozesse sind. Der Interventionskläger kann niemals Partei im Erstprozess sein. Verbindet das Gericht gemäss § 138 C.-P.-O. die Verhandlung des Haupt- und Interventionsprozesses, so ist allerdings auch der Hauptintervenient als Partei zu behandeln.[2]) Was nun die rechtliche Stellung der beiden andern dem Hauptintervenienten im Intervenientionsstreit gegenüberstehenden Personen anlangt, so wird fast allgemein anerkannt, dass diesselben passive Streitgenossen, demnach beide Parteien seien. Kohler[3]) dagegen will dem Kläger im Vorprozess nicht die Stellung einer Partei, sondern nur die eines Nebenintervenienten im Sinne des § 66 C.-P.-O. zuweisen, während er dem Beklagten im Erstprozess allein die Parteirolle im Interventionsstreit vorbehalten will. Kohler vermag zwar nicht zu leugnen, dass die Hauptinterventionsklage gegen den Beklagten und den Kläger im Erstprozess sich richtet, allein die Klage gegen den letzteren soll nur formale Bedeutung haben, keinen zweiten Prozess einleiten; sie soll vielmehr den Erstkläger in dem einen Prozess zwischen Hauptintervenient und Beklagten des Hauptprozesses als streitgenössischen Intervenienten hereinziehen und zwar soll dies zu dem Zweck geschehen, dass dadurch die Erstreckung der Rechtskraft des einen gegen den Beklagten im Erstprozess ergehenden Urteils auch auf ihn ermöglicht wird. Dass es hier einer Klage bedürfen soll, nur um einen Dritten in einen für ihn fremden Prozess hereinzuziehen, nicht gegen ihn selbst den Prozess einzuleiten, soll seinen Grund darin haben, dass durch dieses Mittel der Erstkläger des Hauptprozesses „sofort und ohne Vorzug mit der Sache befasst“ und „ihm dadurch auf drastische Weise kundgegeben“ wird „dass er nicht gewöhnlicher Intervenient, sondern Intervenient mit Parteirecht ist“ . . . „Er

1) Fitting, Lehrbuch, § 29 III.

2) Vgl. Petersen, Comm. zu § 62, vgl. mit Vorb. zu § 56.

3) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, p. 275 ff.; Gruchot XXX, p. 481 ff.

(der Erstkläger) wird in der Art einer Partei in den Prozess hineingezogen, weil er im fremden Prozess die Rechte einer Partei hat.“

Die Ansicht, dass bei der Hauptintervention eine Klage gegen den Beklagten des Erstprozesses als Anspruchsklage mit einer Anerkennungsklage gegen den Kläger des Erstprozesses verbunden wird, dass es sich also um zwei Prozesse handle, erklärt Kohler für unrichtig und nicht mit dem Wortlaut der C.-P. O. vereinbar. Denn diese sage nicht, dass die Hauptintervention durch zwei Klagen, eine Anspruchs- und eine Anerkennungsklage erhoben werde, sondern: der Hauptintervenient könne seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien des Vorprozesses gerichtete Klage geltend machen, die Klage sei demnach eine Anspruchsklage, die gegen beide Parteien des Vorprozesses erhoben werde. Da aber nur gegen den Beklagten des Vorprozesses ein Anspruch auf Restitution der Streitsache bestehe, so könne die Klage nur gegen diesen gerichtet, der Kläger im Erstprozess gar nicht Beklagter sein. Es komme vielmehr darauf an, die im Anspruchsprozess erfolgende Festsetzung auch gegen den Kläger im Erstprozess wirksam zu machen und dazu sei die streitgenössische Intervention das richtige Mittel. Es ist nun so viel zuzugeben, dass die C.-P.-O. von einer gegen den Erstkläger zu richtenden Anerkennungsklage nicht spricht, sie sagt aber, dass die Klage gegen beide Parteien des Vorprozesses zu richten sei. Dem Wortlaut der C.-P.-O. nach handelt es sich offenbar um zwei Prozesse: einen gegen den Kläger, den andern gegen den Beklagten des Vorprozesses, und wenn es dort heisst: der Hauptintervenient könne seinen Anspruch gegen diese Personen geltend machen, so ist auf den Wortlaut kein grosses Gewicht zu legen, weil gegen mehrere Beklagte doch regelmässig mehrere Ansprüche verfolgt werden und weiterhin ist auch das Wort „Anspruch“ nicht besonders zu betonen. Die Hauptintervention um eine Sache ist allerdings stets Leistungsklage. Die Hauptintervention um ein Recht kann Leistungsklage, sie kann auch Feststellungsklage sein.[1]) So kann auch die Klage gegen den Erstkläger Feststellungsklage,

1) Gaupp I, N. II c. zu § 61.

die gegen den Erstbeklagten Leistungsklage sein und umgekehrt. Die auffallende Thatsache ferner, dass gegen eine Person eine Klage gerichtet wird, dieselbe aber durch die Klagerhebung nicht zum Beklagten, sondern zum streitgenössischen Intervenienten wird, weiss Kohler nicht genügend zu erklären. Hier steht seiner Ansicht der Wortlaut der C.-P.-O. entgegen und ausserdem finden sich im Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme einer so exceptionellen Wirkung der Klagerhebung. Wenn ein Urteil Rechtskraft für eine Person erhalten soll, so ist der einfache Weg der, dass dieselbe klagt bezw. verklagt wird, und dass dies auch im vorliegenden Fall so sein soll, darauf weist das Gesetz mit klaren Worten hin. Es kann daher der Ansicht Kohlers nicht beigetreten werden.

III.

Der Intervenient des § 72 C.-P.-O.

Schwieriger ist die Stellung des gemäss § 72 C.-P.-O. in den Rechtsstreit Eintretenden zu bestimmen. Die Ansichten darüber, in welcher Eigenschaft der Dritte, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, in den Streit eintritt, nachdem ihm von dem verklagten Schuldner der Streit verkündet worden ist, gehen auseinander.[1]) Die einen, so von den Commentatoren Wilmowski-Levy,[2]) Förster,[3]) Reincke,[4]) Kleiner,[5]) ferner Eccius[6]) betrachten den Litisdenunciaten als Nebenintervenienten, allerdings als eigenartigen Nebenintervenienten, da der Dritte nicht den Beklagten unterstützen, sondern für sich um die Schuld weiter prozessieren will. Für ausschlaggebend für ihre Ansicht erachten sie nämlich, dass der Dritte nicht gegen beide Parteien klagt, wie der Hauptintervenient,

---

1) Vgl. die Litteratur bei Petersen I, p. 191.
2) I, N. 1 zu § 72.
3) I, p. 121.
4) Bem. B. 1 b zu § 72.
5) I, p. 368.
6) I, § 92, Anm. 24.

sondern infolge der Streitverkündigung in den Streit eintritt, obgleich er befugt wäre, eine Hauptintervention zu erheben. Es soll daher auch hier der § 71, Abs. 1 C.-P.-O. zur Anwenduug kommen, wonach das Verhältnis des Dritten, der dem Streitverkünder beitritt, sich nach den Grundsätzen über die Nebenintervention bestimmt. Auch von Vertretern dieser Ansicht, so von Reincke, wird nicht bestritten, dass sachlich der Dritte dem Hauptintervenienten gleichstehe.

Eine zweite Ansicht geht dahin, dass der in den Prozess eintretende Dritte Hauptintervenient sei, sei es nun, dass man den vorliegenden Fall als Spezialfall des § 61 C.-P.-O. erklärt, so Wach[1]), oder von einer modifizierten Hauptintervention spricht — modifiziert dadurch, dass es einer Klagerhebung durch den Litisdenunciaten nicht bedarf, sondern der Eintritt des Dritten durch einen in der mündlichen Verhandlung zu stellenden Antrag erfolgt, — so insbesondere Gaupp[2]) und Kohler.[3])

Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass der Dritte wie ein Hauptintervenient die Forderung „für sich in Anspruch nimmt“ (§ 72 vgl. mit § 62 C.-P.-O.). Den Umstand jedoch, dass der Litisdenunziat nicht die Klage erhebt und damit einen neuen Prozess beginnt, erachten einige Comentatoren[4]) für so wesentlich, dass sie, wenn sie auch zugeben, dass es hier sich nicht um eine Nebenintervention handle, die Stellung des Dritten vielmehr Ähnlichkeit mit der eines Hauptintervenienten habe, es doch für das Richtigste halten, hier eine Mittelmeinung zu verteidigen und eine eigentümliche Beteiligung eines Dritten im Prozess anzunehmen. Dieser Ansicht ist beizutreten.[5])

---

1) Vorträge, p. 109 Anm.

2) I, N. III c zu § 72.

3) Gesammelte Beiträge, p. 281.

4) So Struckmann-Koch, N. 2 zu § 72; Petersen I, p. 191; Seuffert, N. 2 d zu § 72.

5) Unklar ist die Bemerkung von v. Bülow, Comm. N. 1 zu § 72. „Voraussetzung der Befugnis des Beklagten sich durch Deposition dem Rechtsstreit zu entziehen ist, dass der andere Prätendent infolge der Streitverkündigung thatsächlich als Haupt- oder Nebenintervenient in den Streit eingetreten ist.“ Auch die Ansicht Fittings (Lehrbuch, § 29 IV), wonach der Dritte als streit-

Der Eintritt des Litisdenunciaten erfolgt nicht durch Zustellung einer Klagschrift oder sonst eines Schriftsatzes (vgl. § 67 C.-P.-O.), sondern einen in der mündlichen Verhandlung in Gegenwart des Klägers und Beklagten zu stellenden Antrag; dann hat er dieselbe Wirkung wie eine Klagerhebung, er bewirkt demnach auch Rechtshängigkeit des erhobenen Anspruchs, die aber dadurch bedingt ist, dass der Beklagte aus dem Rechtsstreit entlassen wird und der Rechtsstreit nun seine Fortsetzung zwischen dem Dritten und dem Kläger findet. Erst von da ab kann man von einer Parteistellung des Litisdenunciaten reden, nachdem durch Endurteil[1]) die Entlassung des Beklagten aus dem Rechtsstreit ausgesprochen ist. Der § 72 redet von einem Rechtsstreit und in einem solchen giebt es nur zwei Parteien, die andere Partei ist der bisherige Kläger. Dies sind die Parteien, in dem neuen Prozess um das Depositum, in welchem jeder der beiden Streitteile als in einem judicium duplex gegen den andern auf Anerkennung seines Rechts an dem hinterlegten Betrag klagt. Dieser wird durch ein Endurteil erledigt, in welchem der hinterlegte Betrag dem einen zugesprochen, der andere mit seiner Klage abgewiesen wird oder beide mit ihrer Klage abzuweisen sind, wenn keiner der Prätendenten sein Recht nachzuweisen vermag.

Welche Stellung nimmt nun der bisherige Beklagte nach der Entlassung aus dem Rechtsstreit ein? Der Rechtsstreit mit ihm ist nach seiner Entlassung zweifellos zu Ende. Nun bestimmt aber das Gesetz, dass in dem Urteil, in welchem dem Obsiegenden das Depositum zuzusprechen ist, der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlassten Kosten einschliesslich der Kosten der Hinterlegung zu verurteilen sei. Ist nun

---

genössischer Nebenintervenient des Beklagten den Prozess führt und zugleich die Stellung eines Hauptintervenienten gegenüber dem bisherigen Kläger und Beklagten hat, ist nicht anzunehmen; andernfalls müsste man in der Beteiligung des Intervenienten eine sonst unzulässige Verbindung der Haupt- und Nebenintervention erblicken (vgl. Gaupp, N. III zu § 61).

1) So sämtliche Commentare und Planck I, p. 454, N. 43.

deshalb anzunehmen, dass der Beklagte trotz der Entlassung nicht aus der Parteirolle ausscheidet? [1]) Allein diese durch Zweckmässigkeitsrücksichten veranlasste Regelung, [2]) wornach in einem zwischen dem Dritten und dem ursprünglichen Kläger ergehenden Urteil, dessen Entscheidung in der Sache selbst sich also gar nicht auf den ursprünglichen Beklagten bezieht, und daher zwischen diesen Personen nicht Rechtskraft erzeugt, über sämtliche Kosten des bisherigen Verfahrens entschieden wird, soweit sie dem Beklagten nicht bereits im Entlassungsurteil auferlegt sind, vermag dem Umstand gegenüber, dass der Beklagte im Prozess nicht mehr mitwirkt, jenem die Parteirolle nicht zu erhalten. Das Gesetz fingiert den ursprünglichen Beklagten als am Rechtsstreit fortbeteiligt, damit zu seinen Gunsten die bisher ausgesetzte Entscheidung überhaupt ergehen kann und die Entscheidungen im Kostenpunkt in einem Schlag erledigt werden. [3])

1) So Wach, Vorträge, p. 110.
2) Kohler, Gesammelte Beiträge, p. 283.
3) Hellmann, Lehrbuch, p. 319; Reinecke, Comm., N. C. b zu § 72.